Der Widerruf letztwilliger Verfügungen

nach

§ 2255 und § 2256 BGB.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD
LAND RAT
BIBL.

vorgelegt von

Friedrich Ahammer

aus Weißenburg i. B.

Rechtspraktikant am kgl. Bezirksamt Weißenburg i. B.

Approbiert am 26. Februar 1908.

Weißenburg i. B.

C. Fr. Meyer'sche Buchdruckerei (Georg Rascher).

1908.

61

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0081

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Anwendung der §§ 2255 und 2256.

§ 1. Gemeinsame Bemerkungen 4
§ 2. Der Widerruf nach § 2255 9
§ 3. Der Widerruf nach § 2256 21

II. Abschnitt.

Einfluß von Willensmängeln auf die Wirksamkeit des nach § 2255 und § 2256 erfolgten Widerrufs.

Vorbemerkungen 29
§ 4. Willensmängel bei dem nach § 2255 erfolgten Widerruf . . 29
§ 5. Willensmängel bei dem nach § 2256 erfolgten Widerruf . 36

III. Abschnitt.

§ 6. Die Anwendung der §§ 2255 und 2256 auf gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge 39

Literaturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. 1855.

Baden, Anfechtung wegen arglistiger Täuschungim Erbrecht. 1905.

Becher, Das rechtsrheinisch bayrische Landescivilrecht und Landescivilprozeßrecht. 1896.

Bornemann, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts. 1839.

v. Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht, 2. Aufl. 1904.

Danzer, Das bayerische Landrecht. 1894.

Dernburg, Pandekten Bd. 3, 4. Aufl. 1894.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. 1905.

Dobrzynski, Der Irrtum im Beweggrunde bei letztwilligen Verfügungen. Erlanger Dissertation. 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 3, 7. Aufl. 1902.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.

Fischer und **Henle,** Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs, 7. Aufl. 1906.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Kleffel, in der Jur. Wochenschr. 1902 S. 386 ff. und 559: „Die Behandlung der gemeinschaftlichen Privattestamente nach Eröffnung beim Tode des erstverstorbenen Ehegatten."

Kleineidam, in „Das Recht" 5. Jhrg. 1901 S. 113: „Streifzüge durch das Erbrecht des BGB."

Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem. 1821.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.

Küntzel, in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 41 S. 583—638: „Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs."

Lafrenz, in „Das Recht" 6. Jg. 1902 S. 553: „Ausschlagungsfrist beim Unterbleiben der Testamentseröffnung".

Mantey, in „Das Recht" 10. Jg. 1906 S. 555.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich. 1899.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 2. Aufl. 1896.

von der Pfordten, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1903, S. 510 ff.: „Die Anerkennung letztwilliger Verfügungen."

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 1. u. 2. Aufl. 1902, 3. Aufl., 1. u. 2. Lieferung 1906/7. (Wo nichts weiter vermerkt, ist nach der 1. u. 2. Aufl. citiert.)

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1899.

Puchta-Rudorff, Pandekten, 5. Aufl. 1850.

Rabs, Der Einfluß des Irrtums in den Beweggründen auf letztwillige Verfügungen, Dissertation 1904.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Mugdan und Falkmann.

Reichsgericht, Entscheidungen in Civilsachen; in der deutschen Juristen-Zeitung, der Jurist. Wochenschrift, das Recht, Seufferts Blättern für Rechtsanwendung.

Roth, Bayerisches Civilrecht, 3. Teil 1. Aufl.; 2. Aufl. besorgt von **Becher** 1898. (Cit. Roth-Becher.)

Seufferts Archiv für Entscheidungen der höchsten Gerichte.

Soergel, Rechtsprechung.

Staudinger-Herzfelder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5 1. Aufl. 1900; 2. Aufl. 1906. (Wo nichts weiter bemerkt, ist die 2. Aufl. citiert.)

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Aufl. 1896; 3. Aufl. Bd. 1 1903. (Wenn nichts weiter bemerkt, ist die letztere Aufl. citiert.)

Strohal, Die Anfechtung letztwilliger Verfügungen im deutschen Entwurf, 1892.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. Bd. 2 1867.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Bd. 9. Aufl. 1906 bearbeitet von **Kipp.**

Einleitung.

Die Testamentserrichtung war zu allen Zeiten an strenge Formen gebunden, sei es daß das Testament, wie im altrömischen Recht nur vor den Comitien oder vor versammeltem Heer errichtet werden konnte, sei es daß zu dem Errichtungsakte eine Anzahl Zeugen beigezogen werden mußte. Das neuere Recht ist in dieser Beziehung, wie bei manchen anderen Formalgeschäften etwas milder geworden, aber das Gesetz ist heute hinsichtlich der nun erleichterten Formvorschriften ebenso unerbittlich, wie das frühere Recht: ein Verstoß gegen dieselben macht das Testament in der Regel seinem ganzen Umfange nach nichtig. Mit gutem Grunde; denn es muß eine Gewähr dafür geboten sein, daß bei diesem wichtigen Akte, durch den die Familie des Verfügenden, das Interesse Dritter und der Verkehr im allgemeinen betroffen wird,[1]) der Wille des Erblassers in einwandfreier Weise festgestellt wird. Zu der Zeit, auf welche sich die Wirksamkeit des Testaments erstreckt und in der der Inhalt desselben meist erst bekannt wird, kann ja von dem Verfügenden selbst kein Aufschluß mehr erlangt werden.

Was für die Errichtung des Testaments gilt, kann auch von der Aufhebung eines vorhandenen Testaments gesagt werden. Das frühere Recht schrieb denn auch für den Widerruf eines Testaments znmeist dieselbe Form vor, in der die Errichtung desselben möglich war.[2])

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann die Aufhebung eines Testaments erfolgen entweder durch rein negativen Widerruf oder durch Errichtung eines mit dem ersten Testament inhaltlich in Widerspruch stehenden zweiten Testamentes.[3])

Der „Widerruf" ist in den §§ 2253—2257 BGB. geregelt. Das Gesetz kennt drei verschiedene Formen desselben. An der Spitze steht die regelmäßige Form: der Widerruf durch Testament

---

[1]) Motive, Bd. 5 S. 297.
[2]) Motive, Bd. 5 S. 297 Anm. 1 u. dort Cit.
[3]) § 2258 BGB.

(§ 2254). Daneben kann der Widerruf noch auf folgende zwei Arten vollzogen werden:

a) durch Vernichtung der Testamentsurkunde in Widerrufsabsicht seitens des Erblassers (§ 2255),

b) durch Rückgabe der in amtliche Verwahrung genommenen Urkunde an den Erblasser (§ 2256).

Der Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde war durchweg bereits dem früheren Rechte[4]) bekannt. Eine Ausnahme wurde nur bezüglich der über ein mündliches Testament errichteten Beweisurkunde gemacht. Die Zerstörung dieser Urkunde ist nach Windscheid[5]) als gehöriger Ausdruck des Widerrufswillens nicht zu erachten, weil die Urkunde das Testament nicht darstellt.

Dagegen bestand darüber, welche Wirkung die Rücknahme eines in amtliche Verwahrung gebrachten Testaments aus der Verwahrung auf die Wirksamkeit des Testaments habe, im früheren Recht keine Einigkeit. Nach gemeinem Recht[6]) hob sie die Geltung des Testaments nicht auf; vorausgesetzt war allerdings, daß das Testament noch die Zeichen der Solennisierung an sich trug.[7]) Fand man das Testament nicht mehr in unverletztem Zustande vor, so sollte es als widerrufen gelten.[8]) Das preußische[9]) und das bayerische Landrecht[10]) nahmen bereits den Standpunkt des BGB.

---

[4]) l. 2, l. 4 D, 28. 4; l. 1 § 10; l. 8 § 3 D. 37. 11; l. 1 § 8 D. 38. 6; Windscheid-Kipp Pand. Bd. 3 § 564, Anm. 8 (S. 298); Arndts, Pand. § 502; Dernburg, Pand. Bd. 3, § 94 Ziff. 2; Puchta, Pand. § 484; Vangerow, Pand. § 460, III, 2; Buchka, BGB. u. gem. R, S. 462; Stobbe, D. Priv.R. Bd. 5 S. 222; bayer. LR III, 3, 27; Roth, bayer. Civ.R. § 337 bei Anm. 55 ff.; Roth-Becher § 366 bei Anm 76 ff.; Becher, bayer. Landesciv.R. Bd. 2, § 217 B 1 b (S. 1190); bezügl. Vermächtn. pr. A.L.R. I, 12, §§ 596, 597; Bornemann, pr. Civ.R. Bd. 6, § 417; vgl. auch Motive Bd. 5 S. 299 u. dort Cit ; Meischeider, Die letztw. Verf. S. 551—553.

[5]) Windscheid-Kipp, a. a. O.; anders Seuff. Arch. Bd. 1, Nr. 96.

[6]) Windscheid-Kipp, a. a. O ; Vangerow, a. a. O.; Buchka, a. a. O. S. 463 Anm. 5.

[7]) Seufferts Archiv Bd. 24 Nr. 46.

[8]) v. Roth, bayer. Civ.R. § 337 bei Anm. 61; Roth-Becher, § 366 bei Anm. 82.

[9]) pr. A.L.R. I, 12 §§ 565, 566; Bornemann a. a. O. B. 6 § 414.

[10]) bayer. L.R. III, 4, 2 Nr. 16 (auch Hohenlohe L.R.; vgl. Roth-Becher § 366 bei Anm. 84); vgl. Kreittmayr, bayer. Civ.R. Th. III cap 4 § 2 a. E.: „ex ratione, weil ein Testament, welches einmal ab actis removirt ist, alsofort ein testamentum judiciale zu seyn aufhört, folglich wenigstens in hac qualitate nicht mehr bestehen kann. Daraus folgt, daß solches gleichwohl noch in alio genere z. E. als ein Testamentum ad pias causas, inter liberos, oder auch, soweit nur die Requisita vorhanden sind, als ein Testamentum privatum solemme subsistiren mag."

ein. Das bayerische Notariatsgesetz vom 10. XI. 1861 unterschied zwischen dem mündlich erklärten und dem verschlossen übergebenen Testament; ersteres sollte durch Zurückgabe der Testamentsurkunde seine Giltigkeit verlieren, letzteres nicht,[11]) vorausgesetzt, daß die Urkunde unverletzt und unverändert blieb.[12])

Die beiden zuletzt genannten Arten des Widerrufs, durch Vernichtung der Urkunde und Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung, weichen in ihrer Form von den sonst für letztwillige Verordnungen maßgebenden Grundsätzen wesentlich ab. Es ist nicht zu verkennen, daß bei ihnen nicht in gleich klarer Weise der Wille des Erblassers zum Ausdruck kommt, wie bei einem durch Testament erfolgten Widerruf. Ja es wird bei der letzteren Art des Widerrufs, wie wir sehen werden, sogar in merkwürdiger Weise eine Berücksichtigung des Willens des Erblassers abgelehnt. Bei der ersteren Widerrufsform ist wiederum sehr leicht eine Fälschung möglich, bei beiden also die Gefahr vorhanden, daß der wirkliche Wille des Erblassers nicht zur Geltung kommt. Umsomehr wird deshalb an den Voraussetzungen, welche das Gesetz für den Eintritt des Widerrufs aufstellt, festzuhalten sein, damit dieser Gefahr, soweit möglich, begegnet wird. Die beiden Arten des Widerrufs nach §§ 2255, 2256 sollen ausschließlich der Gegenstand der folgenden Abhandlung sein.

---

[11]) Roth, a. a. O. § 302 bei Anm. 33 u. 43 (Bd. 3 S. 255 u. 257); § 337 bei Anm. 66; Roth-Becher, § 331 bei Anm. 36 u. 46 (Bd. 3 S. 77 u. 79).

[12]) Bayer. Not.G. v. 10. XI. 1861 Art. 26 Abs. 2.

I. Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Anwendung der §§ 2255 und 2256.

§ 1.

Gemeinsame Bemerkungen.

Die beiden ordentlichen Testamentsformen des BGB.,[1]) öffentliches Testament und Privattestament, wie wir sie kurz nennen wollen, unterscheiden sich u. A. darin, daß für ersteres die (besondere[2])) amtliche Verwahrung vorgeschrieben ist,[3]) während sie bei letzterem in das freie Belieben des Testators gestellt ist.[4]) Daraus geht hervor, daß der Verwahrung bei dem öffentlichen Testament eine wesentlich andere Bedeutung zukommen muß, als beim Privattestament. Wenn die amtliche Verwahrung auch nicht für die Wirsamkeit des öffentlichen Testaments wesentlich und dasselbe auch rechtsgiltig ist, wenn sie unterbleibt,[5]) so ist die Verwahrung doch insoweit ein Merkmal des öffentlichen Testaments, daß dasselbe regelmäßig nur solange wirksam bleibt, als es sich in amtlicher Verwahrung befindet. Da ferner beim Privattestament dem Testator anheimgestellt ist, ob er dasselbe in amtliche Verwahrung bringen will odər nicht, so muß ihm folgerichtig auch freistehen, die amtliche Verwahrung wieder aufzuheben, ohne die

---

[1]) § 2231.

[2]) Im Gegensatz zur gewöhnlichen amtlichen Verwahrung, der alle gerichtlichen und notariellen Urkunden unterliegen.

[3]) § 2246.

[4]) § 2248.

[5]) Daß § 2246 nur eine Ordnungsvorschrift enthält, folgt aus dessen Fassung („soll . . . in Verwahrung gebracht werden"); vgl. Motive Bd. 5 S. 295; Cosack, Lerb. d. b. R. § 357 II.

Wirksamkeit des Testaments zu beeinträchtigen. Das Gesetz [6]) bestimmt denn auch, daß die Rücknahme aus der Verwahrung lediglich beim öffentlichen, d. i. dem vor dem Richter, Notar oder Gemeindevorsteher [7]) errichteten Testament Widerrufswirkung erzielt.

Der Widerruf nach § 2255 andererseits setzt voraus, daß der Erblasser die Testamentsurkunde in Händen hat. Er wird daher in der Regel nur bei Testamenten erfolgen können, für welche eine amtliche Verwahrung nicht vorgeschrieben ist. Dahin gehören: in erster Linie das Privattestament, [8]) das ohne amtliche Mitwirkung errichtete Quarantainetestament, [9]) das Seetestament [10]) und das nach Reichs-Militärgesetz vom 2. Mai 1874 errichtete privilegierte Militärtestament. [11]) Jedoch ist die Anwendbarkeit des § 2255 auf diese Testamentsformen nicht beschränkt, vielmehr kann jedes Testament ohne Unterschied nach § 2255 widerrufen werden, also auch das öffentliche Testament, das in den Besitz des Erblassers gelangt ist. [12]) Allerdings werden die Fälle, in denen dann nicht schon ein Widerruf nach § 2256 vorliegt, äußerst selten sein; [13]) man kann etwa an den Fall denken, daß der Erblasser die Testamentsurkunde nicht auf dem Wege des § 2256, sondern durch ein Versehen des Verwahrungsbeamten oder auf sonstige unrechtmäßige Weise zurückerlangt hat, [14]) oder daß sie ihm, entgegen der Ordnungsvorschrift des § 2246, sofort ausgehändigt worden ist.

Gemeinsam haben die beiden Arten des Widerrufs nach §§ 2255 und 2256 die sich aus ihrer Natur als letztwillige Verfügungen ergebenden Merkmale. Wenn auch in dem rein negativen Widerruf eine letztwillige Verfügung in dem sonst üblichen Sinne nicht zu finden ist, [15]) so ist doch nicht zu übersehen, daß er in seiner Wirkung vielfach der positiven Verfügung gleichkommt. So kann z. B. der auf einen Bruchteil eingesetzte Miterbe

---

[6]) § 2256 Abs. 1 u. 3.

[7]) Das sog. Dorftestament, § 2249.

[8]) § 2231 Nr. 2,

[9]) § 2250 Abs. 2; soweit es nach Abs. 1 cit. in den Formen des § 2249 errichtet ist, ist es nach den Grundsätzen des Dorftestaments zu behandeln, s. o. bei Anm. 7.

[10]) § 2251.

[11]) Ges. v. 2. V. 74 § 44 (RGBl. 1874 S. 57); dasselbe unterliegt nur hinsichtlich der Errichtungsform den besonderen Regeln des cit. Gesetzes, während hinsichtlich des Widerrufs die Vorschriften des allgemeinen bürgerl. Rechts eingreifen; Planck, Bem. 2 zu § 2255; Motive Bd. 5 S. 300; Cosack, Lehrb. d. b. R. § 358 I 2a.

[12]) Motive Bd. 5, S. 299, 300.

[13]) Staudinger-Herzfelder 2. Aufl. Bem. III B zu §§ 2253 bis 2257.

[14]) Planck, Bem. 2 zu § 2255.

[15]) Motive, Bd. 5 S. 298.

infolge eines teilweisen Widerrufs nach § 2094 Alleinerbe werden;[16]) auch der Widerruf eines durch Testament erfolgten Widerrufs (§ 2257) oder eines aufhebenden Testaments (§ 2258) hat positive Wirkung. Der Entwurf 1. Lesung enthielt in § 1933 die ausdrückliche Bestimmung, daß auch auf den bloßen Widerruf die Vorschriften über letztwillige Verfügungen Anwendung finden. In das BGB. wurde diese Stelle, offenbar nur als selbstverständlich, nicht aufgenommen. Es kann deshalb kein Zweifel darüber bestehen, daß die in den §§ 2255 und 2256 vorausgesetzten Tatbestände, obwohl sie nicht die äußere Form letztwilliger Verfügungen an sich tragen, doch sachlich als solche zu behandeln sind.[17]) Daraus ergibt sich für den Widerruf nach §§ 2255 und 2256:

1. die Notwendigkeit eines persönlichen Handelns des Erblassers,
2. das Erfordernis der Testierfähigkeit des Erblassers,
3. die Anwendung der Vorschriften über Willensmängel bei letztwilligen Verfügungen.[18])

Zu 1. Dieses Erfordernis ergibt sich aus § 2064, wonach der Erblasser ein Testament nur persönlich errichten kann, und ist außerdem in den §§ 2255 und 2256 durch den Wortlaut des Gesetzes noch besonders hervorgehoben. Die Art und Weise, wie sich der Erblasser zu betätigen hat, ist bei den zwei hier zu behandelnden Arten des Widerrufs verschieden und deshalb unten bei den betreffenden Paragraphen zu besprechen.

Zu 2. Während im allgemeinen[19]) der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte ein Testament nicht errichten kann, steht seine Entmündigung nach § 2253 Abs. 2 dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments nicht entgegen. Der Gesetzgeber geht hier offenbar von der Erwägung aus, daß der entmündigte Erblasser möglicherweise zur Einkehr kommt und die Unvernunft seines bisherigen Lebenswandels und des von ihm errichteten Testaments einsieht[20]) oder daß sein nach den Umständen zur Zeit der Errichtung sachgemäßes Testament durch spätere Veränderung der Umstände unsachgemäß werden kann und die Bestimmungen in

---

[16]) Motive, a. a. O.

[17]) Planck, Bem. 1 zu § 2255.

[18]) vgl. Motive, Bd. 5 S. 298, Strohal, Erbr. 1. Aufl. S. 55, hiezu Küntzel in Gruchot, Beitr. Bd. 41, S. 601, Strohal, Erbr. 3. Aufl. Bd. I S. 317, Planck, Bem. 1 zu § 2255, Bem. 2 zu § 2256, 3. Aufl. Vorb. 2 b α zu §§ 2078—2083 (Bd. 5 S. 357 f.).

[19]) § 2229 Abs. 3 BGB.

[20]) Endemann, Lehrb. d. b. R. Bd. 3, § 50 Anm. 2, vgl. auch Küntzel in Gruchot, Beitr. Bd. 41, S. 598, 599.

§ 2077 (Unwirksamkeit) und §§ 2078 ff. (Anfechtbarkeit) nicht allen Fällen gerecht werden. Mit Rücksicht auf solche Fälle soll der Erblasser wenigstens die Befugnis haben, das Testament zu kassieren (und damit die gesetzliche Erbfolge auszulösen), wenn auch nicht zu reformieren. Daraus geht hervor, daß dem Erblasser nur ermöglicht werden soll, ein vor der Entmündigung errichtetes Testament positiven Inhalts aufzuheben. Unter Widerruf i. S. des § 2253 Abs. 2 wird deshalb mit Strohal[21]) nur eine nach der Entmündigung getroffene letztwillige Erklärung zu verstehen sein, durch die eine vor der Entmündigung getroffene letztwillige Verfügung positiven Inhalts aufgehoben wird. Würde man den Entmündigten auch den Widerruf eines vor der Entmündigung getroffenen Widerrufs gestatten, so würde die vielleicht sonst Platz greifende gesetzliche Erbfolge durch das Wiederaufleben des widerrufenen Testaments verdrängt, also umgekehrt ein unter Umständen unvernünftiges Testament vor der gesetzlichen Erbfolge bevorzugt werden. Die herrschende Lehre[22]) stimmt allerdings hiemit nicht überein; sie führt jedoch, wie Strohal[23]) darlegt, zu einem gänzlich unbefriedigenden Ergebnis: Die herrschende Meinung nimmt an, daß gemäß § 2253 Abs. 2 jede vor der Entmündigung getroffene letztwillige Verfügung, gleichviel welchen Inhalts, also auch der rein negative Widerruf, vom Erblasser widerrufen werden kann; der nach der Entmündigung erklärte Widerruf muß natürlich unwiderruflich sein.[24]) Nun wird durch den Widerruf des Widerrufs die Wirksamkeit des widerrufenen Testaments wieder hergestellt (§ 2257), das nun wohl, da ja der nach der Entmündigung erfolgte Widerruf unwiderruflich ist, als unwiderruflich zu betrachten ist. Diese Annahme verstößt aber wieder gegen die Bestimmung, daß der Entmündigte ein vor der Entmündigung errichtetes Testament widerrufen kann. Läßt man demgemäß den Widerruf zu, so gestattet man dem Entmündigten, nach seiner Entmündigung zwei inhaltlich sich vollständig diametral gegenüberstehende letztwillige Verfügungen zu treffen, und das ist vom Gesetz doch zweifellos nicht gewollt! Die herrschende Lehre bietet für die Lösung dieses Konflikts keine Möglichkeit.

Nach der Strohal'schen Ansicht wird also bezüglich des Erfordernisses der Testierfähigkeit untnrschieden werden müssen,

---

[21]) Strohal, Erbr. Bd. 1, § 42 Anm. 3 (S. 310 f.).

[22]) Cosack, Lehrb. d. b. R. Bd. 2 § 358 bei Anm. 5a, Dernburg, bürg. R. Bd. 5 § 30 III a E. (S. 109), Planck, Bem. 4 zu § 2253. Staudinger-Herzfelder, Bem. II zu §§ 2253—2257.

[23]) Strohal a. a. O.

[24]) Cosack a. a. O.

ob der Widerruf sich auf eine Verfügung positiven Inhalts oder auf einen rein negativen Widerruf bezieht. Im ersteren Falle wird die sogenannte negative Testierfähigkeit genügen, im letzteren muß volle Testierfähigkeit gefordert werden. Daß nach der hier bekämpften Ansicht die negative Testierfähigkeit in allen Fällen zur Bewirkung des Widerrufs ausreicht, bedarf nach dem obigen keiner weiteren Hervorhebung.[25])

Zu 3. Inwieweit die Vorschriften über Willensmängel bei letztwilligen Verfügungen auf den nach § 2255 oder § 2256 bewirkten Widerruf Anwendung finden, soll unten in einem besonderen Abschnitt erörtert werden.

---

[25]) Vgl. Cosack, Lehrb. d. b. R. § 358 I 2a, I 3a, Planck, Bem. 1 zu § 2255, Bem. 2 zu § 2256, Staudinger-Herzfelder, Bem. III zu §§ 2253—2257, Fischer-Henle, Note 3 zu § 2256.

§ 2.

Der Widerruf nach § 2255.

„Ein Testament kann auch dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben ausgedrückt zu werden pflegt" (§ 2255 Abs. 1).

Aus dem Wortlaute des Gesetzes ergibt sich, daß der Erfolg des Widerrufs an die objektive Voraussetzung, daß die Testamentsurkunde durch eine Handlung des Erblassers in der bezeichneten Weise verändert wird, und an die subjektive Voraussetzung geknüpft ist, daß der Erblasser bei der Vornahme dieser Handlung die Absicht hat, das Testament aufzuheben.

I.

Die Handlung des Erblassers muß darin bestehen, daß er die Testamentsurkunde „vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt."[1]) Von einer Aufzählung, worin diese Veränderungen bestehen können, hat das Gesetz Abstand genommen, weil eine solche doch nicht erschöpfend sein könnte.[2]) Man wird darunter etwa zu zählen haben: Zerreißen, Zerschneiden, Durchstreichen, Ausradieren, Verbrennen u. And. mehr. Nicht dagegen wird genügen das Erbrechen des Siegels,[3]) oder das Zerreißen der Hülle bei einem verschlossenen Testament, da dies keine Veränderung an der Urkunde selbst bedeutet; ebensowenig bloßes Wegwerfen, außer es wird die Urkunde hiebei absichtlich zerknittert.[4])

---

[1]) Wenn im Folgenden lediglich von der „Vernichtung" der Urkunde gesprochen wird, so sollen damit auch die vom Gesetz der Vernichtung gleichgestellten Arten der „Veränderung" mit inbegriffen sein.

[2]) Motive Bd. 5 S. 301.

[3]) Planck, Bem. 3a zu § 2255.

[4]) Cosack, Lehrb. d. b. R. Bd. 2 § 358, I 2a, Dernburg, b. R. Bd. 5 § 340 Nr. 11, Staudinger-Herzfelder, Bem. III B zu §§ 2253—2257.

Die Veränderung muß an der Urschrift der Testamentsurkunde vorgenommen werden. Die Vernichtung des Entwurfs oder einer Abschrift ist deshalb ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Testaments.[5]) Im Falle mehrere (gleichwertige) Urschriften des Testaments vorhanden sind, wird in der Regel die an einer Urkunde vorgenommene Veränderung zur Aufhebung auch der übrigen Urkunden genügen, wenn kein Zweifel über den Aufhebungswillen des Erblassers nach den Umständen des Falles gehegt werden kann,[6]) insbesondere „wenn erhellt, daß der Erblasser das zweite Exemplar nur deshalb nicht vernichtet hat, weil es ihm nicht zur Hand war."[7])

Fraglich ist, ob es möglich ist, durch Vernichtung eines Teiles der Urkunde das Testament teilweise zu widerrufen, so z. B. daß durch Ausstreichen des Namens eines Erben nur die Bedenkung dieser Person aufgehoben wird, im übrigen aber das Testament vollwirksam bleibt. Die Motive[8]) halten es für selbstverständlich, daß die Aufhebung sich auf einen Teil des in der Testamentsurkunde niedergelegten Willens beziehen kann, und eine besondere Hervorhebung im Gesetz deshalb für überflüssig. Nun ist allerdings nicht zu verkennen, daß, wie Mantey[9]) hervorhebt, der Entwurf erster Lesung, auf den sich die Motive beziehen, in seiner Fassung von der Ausdrucksweise des BGB. abweicht. Während nämlich der dem § 2255 BGB. entsprechende § 1933 des Entwurfs I lautet:

> „Der Widerruf einer letztwilligen Verfügung kann auch dadurch erfolgen, daß der Erblasser vorsätzlich und mit dem Willen, die Verfügung aufzuheben, die Urschrift der Testamentsurkunde vernichtet . . .",

spricht das BGB. in § 2255 von dem Widerruf eines Testaments und von der Absicht des Erblassers, das Testament aufzuheben. Hieraus, sowie aus der Vergleichung der §§ 2253 und 2254, wo die Zulässigkeit des Widerrufs einer einzelnen „in einem Testament enthaltenen Verfügung" ausdrücklich hervorgehoben ist, mit § 2255 folgert Mantey,[10]) daß ein Widerruf in der Form des § 2255, um wirksam zu sein, sich auf das ganze Testa-

---

[5]) Planck, Bem. 3a zu § 2255, Endemann Bd. 3 § 50 bei Anm. 16.

[6]) Dernburg, bürg. R. Bd. 5, § 40 Nr. 11, Planck, a. a. O., Endemann, a. a. O, Stauinger-Herzfelder, Bem. III B zu § 2253 bis 2257, vgl. f. das gem. R. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 184.

[7]) Planck, a. a. O.

[8]) Motive Bd. 5 S. 301.

[9]) Mantey im „Recht" 1905 S. 555.

[10]) Mantey, a. a. O.

ment erstrecken müsse. Indes dürfte auf diese nur redaktionelle Änderung des ersten Entwurfes, kein so entscheidendes Gewicht gelegt werden, denn das BGB. gebraucht die Bezeichnungen „Testament" und „letztwillige Verfügung", wie schon aus der Definition in § 1937 hervorgeht, vielfach in ein und demselben Sinne und die Motive[11]) lehnen es ausdrücklich ab, mit „Testament" das Ganze und mit „Verfügung" einen Teil desselben zu bezeichnen. Die Mehrzahl der Schriftsteller[12]) erklärt sich denn auch in Übereinstimmung mit dem früheren Recht[13]) für die Zulässigkeit des teilweisen Widerrufs durch teilweise Vernichtung der Testamentsurkunde.

Auch Cosack, auf welchen sich Mantey bei seinen Ausführungen beruft, kann für die gegnerische Ansicht nicht angeführt werden. Wenn er sagt, daß Rasuren oder Durchstreichungen das Testament nicht ungiltig machen,[14]) so beziehtsich das nur auf Korrekturen bei der Anfertigung des Testaments, nicht auf die Aufhebung; es bedeutet ferner nur, daß das Testament als Ganzes in seiner Wirksamkeit nicht beeinträchtigt wird, nicht auch, daß die durchstrichenen Stellen Geltung beanspruchen können. Wenn Cosack ferner hervorhebt, daß zur Aufhebung eines Testaments durch neues Testament irgend eine Manipulation an der Urkunde z. B. eine Korrektur des Textes nicht genüge,[15]) so besagt dies nur, daß die neu eingefügten Stellen nicht positiv — wie ein neues Testament wirken können, nicht aber, daß ihnen auch die kassatorische Wirkung des Widerrufs abgehe.

Die hier vertretene Ansicht führt nun allerdings zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß durch einen einfachen Federstrich, der den Namen eines Miterben austilgt, der auf einen Bruchteil eingesetzte Miterbe u. U. gemäß § 2089 BGB. zum Alleinerben wird, nämlich wenn nach dem Willen des Erblassers durch das Testament die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen werden sollte. Merkwürdig deswegen, weil hiedurch nicht nur das Erbrecht einer Person beseitigt, sondern zugleich einer anderen Person mehr zugedacht wird, als ihr bisher zukam und weil eine letztwillige Verfügung positiven Inhalts Testamentsform erfordert. Allein

---

[11]) Motive, Bd. 5 S. 6.

[12]) Dernburg, bürg. R. Bd. 5 S. 301, Endemann Bd. 3 § 50, 3a (S. 215), Planck, Bem. 3a zu § 2255, Staudinger-Herzfelder, Bd. 5 S. 559.

[13]) Vangerow, Pand. § 460 III 2, bayer. LR. Th. III, cap. 3 § 27. 2, Roth, § 337 bei Anm. 60, Roth-Becher, § 366 bei Anm. 79, Seuff. Arch. Bd. 40 Nr. 214.

[14]) Cosack, Bd. 2 § 353 bei Note 4.

[15]) Ebenda § 358, II, 1c.

diese Wirkung kann nicht gegen die Berechtigung des Widerrufs nach § 2255 angeführt werden, denn der Erbe erhält das Mehr nicht auf Grund einer neuen Willenserklärung, sondern kraft des bei der Testamentserrichtung niedergelegten Willens, den im Testament Bedachten die ganze Erbschaft zuzuwenden.[16])

Als teilweise Veränderungen im Sinne des § 2255 werden auch Einklammerungen einzelner Teile eines Testaments zu betrachten sein und demgemäß zum Widerruf dieser Stellen dienen können. Dies wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn über die eingeklammerten Worte neue Worte, die an Stelle der alten treten sollen, geschrieben sind.[17])

Einen hieher gehörigen nicht uninteressanten Fall behandelt das Kammergericht in seinem Erkenntnis vom 4. November 1904,[18]) welches Mantey zu den obigen Ausführungen[19]) Anlaß gegeben hat. Demselben liegt folgender Tatbestand zu Grunde: Ein Vater hat in seinem privatschriftlichen Testament verordnet, daß sein Nachlaß unter seine Kinder gleichmäßig verteilt werden solle. Nach völligem Abschluß dieses giltig errichteten Testaments, fügte der Erblasser in den Kontext seiner Anordnung, daß der Nachlaß unter seine Kinder gleichmäßig verteilt werden solle, den Vermerk bei: „mit Ausnahme meiner Tochter Anna, welche mit 6000 M. abgefunden ist". Das Kammergericht erklärte die Einschaltung wegen Formmangels für nichtig; inwieweit der übrige Teil des Testaments durch die unwirksame Einschaltung beeinflußt werde, ergebe sich aus § 2085 BGB.; es seien also auch die übrigen Verfügungen unwirksam, falls anzunehmen sei, das der Erblasser sie ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde. Auf diese Weise kommt das Kammergericht zu dem Ergebnis, das ganze Testament als unwirksam zu betrachten.

Mit Recht wendet sich Mantey[20]) gegen diese Auffassung, da § 2085 nur Anwendung finden könne auf mehrere in einem Testament getroffene Verfügungen; man könne aber nicht sagen, daß die nachträglich dem Testament beigefügten Zusätze in dem

---

[16]) Vgl. Windscheid-Kipp, Bd. 3 S. 475, Planck, 3. Aufl. Bem. 2b zu § 2094 (Bd. 5 S. 386).

[17]) So Urteil des OLG. Köln v. 5. IV. 1904 (Recht 1904, (8. Jg.) S. 284 Nr. 1307). Die neuen Stellen können natürlich nur dann Geltung haben, wenn den Erfordernissen des eigenhändigen Testaments (§ 2231 Nr. 2) genügt ist, insbesondere wenn das Datum der letzten Änderung entsprechend abgeändert ist. (Cosack wird nach seiner oben angeführten Ansicht (s. bei Anm. 15) auch das nicht für genügend halten.)

[18]) S. Rechtspr. d. OLG. Bd. 10 S. 307, Recht 1905 (9. Jg.) S. 314 Nr. 1481.

[19]) S. o. bei Anm. 10 u. 11.

[20]) Mantey, a. a. O.

Testament getroffen seien. M. E. geht die Unmöglichkeit der Anwendung des citierten Paragraphen auch aus dessen zweiter Satzhälfte hervor: „wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser diese (sc. Verfügung) ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde"; denn der Erblasser hat sie ja damals tatsächlich ohne den Zusatz getroffen. Die Gesetzesstelle müßte, um die Ansicht des Kammergerichts zu stützen, lauten: „wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Verfügung ohne die unwirksame Verfügung aufgehoben hätte".

Daraus ergibt sich also, daß das Testament trotz der Einschaltung als wirksam zu betrachten ist. In der Einschaltung ist jedoch, wie wir meinen, eine Veränderung i. S. des § 2255 zu erblicken, welche der Erblasser vornahm in der Absicht, die Erbeinsetzung soweit sie seine Tochter Anna betraf, zu widerrufen.[21]) Wären die Namen der zu Erben berufenen Kinder einzeln aufgeführt gewesen, so hätte der Erblasser den Widerruf durch Ausstreichen des Namens „Anna" betätigen können. So aber war ihm diese Möglichkeit nicht gegeben und er brachte deshalb seine Widerrufsabsicht durch eine andere Veränderung an der Urkunde zum Ausdruck, durch welche die Aufhebung einer schriftlichen Willenserklärung ausgedrückt zu werden pflegt. Bei der Annahme der Zulässigkeit eines teilweisen Widerrufs liegt hier demnach ein giltiger Widerruf bezüglich der Einsetzung der Tochter Anna vor und wir gelangen dadurch zu dem allein befriedigenden Ergebnis, daß Anna von der Erbschaft als abgefunden ausgeschlossen und der Nachlaß unter die übrigen Kinder gleichmäßig verteilt wird.

Zur rechtswirksamen Vornahme der Vernichtung ist, wie bereits angedeutet, eine Willensbetätigung des Erblassers erforderlich. Dies geht außer aus den obigen Ausführungen[22]) aus der Fassung des § 2255: „Der Erblasser . . . vernichtet" hervor. An diesem Erfordernis ist streng festzuhalten; eine Stellvertretung durch einen gesetzlichen Vertreter ist deshalb unbedingt als unzulässig zu erachten.[23]) Dagegen wird die im Auftrage des Erblassers durch einen Bevollmächtigten vorgenommene Vernichtung der vom Erblasser selbst herrührenden Vernichtungshandlung gleichzustellen sein, ebenso, wie sich auch der Erblasser bei der Vernichtung eines Werkzeuges bedienen kann.[24])

---

[21]) Ein Widerruf nach § 2254 kommt, wie vom Kammergericht mit Recht betont wird, wegen Mangels der Form nicht in Betracht.

[22]) S. o § 1 bei Anm. 18.

[23]) Vgl. Motive, Bd. 5 S. 301.

[24]) Motive, a. a. O., Cosack, § 358 I 2a bei Anm. 7a, Dernburg, b. R. Bd. 5 § 40 Anm. 11, Endemann, Bd. III § 50 3a (S. 215),

II.

In subjektiver Hinsicht schreibt das Gesetz die Absicht des Erblassers, das Testament aufzuheben vor. Der Entwurf erster Lesung enthielt in § 1934 an Stelle der Worte des § 2255 „in der Absicht" den Ausdruck „vorsätzlich und mit dem Willen".[25]) Diese Änderung in der Fassung bedeutet jedoch nach Ansicht der Kommission[26]) keine sachliche Änderung.

Die Vernichtung der Urkunde muß erfolgen „in der Absicht", das Testament zu widerrufen d. h. die Widerrufsabsicht muß zeitlich mit dieser zusammenfallen, denn die Vernichtungshandlung soll für den Aufhebungswillen schlüssig sein.

Daraus ergibt sich, daß es zur Aufhebung nicht genügt, wenn der Erblasser, der sich mit dem Gedanken trägt, die Verfügung demnächst aufzuheben, die Urkunde beim Aufschneiden der Hülle unabsichtlich zerschneidet und, nachdem er sein Versehen bemerkt hat, die Absicht faßt, nunmehr dem Testament seine Wirksamkeit zu nehmen. Um so weniger kann die durch einen Unbefugten vorgenommene Vernichtung den Widerruf des Testaments bewirken, auch wenn der Erblasser die Zerstörung nachträglich genehmigt; denn zur Zeit der an der Urkunde vorgenommenen Änderung fehlte es an der Aufhebungsabsicht des Erblassers und in dem Augenblick, in welchem der Aufhebungswille vorlag, brachte diesen nicht eine für die Widerrufsabsicht schlüssige Handlung des Erblassers zum Ausdruck.[27])

Die Widerrufsabsicht allein genügt selbstverständlich zur Bewirkung des Widerrufs nicht, da der Wille des Erblassers nur dann Beachtung finden kann, wenn er aus einer Handlung desselben ersichtlich ist. Dies ist wichtig für den Fall, daß die Vernichtung durch einen beauftragten Vertreter vorgenommen wird: hier wird das Testament nicht schon mit dem Auftrage, sondern erst mit der Vernichtung kraftlos.[28]) Stirbt der Erblasser oder

---

Strohal, Erbrecht Bd. 1 S. 313 Anm. 9, Planck, Bem. 3 zu § 2255, Staudinger-Herzfelder, Bem. III B zu §§ 2253—2257, vgl. f. d. fr. Recht: pr. ALR. Th. I, 12 §§ 602—604, bayr. LR. Th. III, 3 § 27 Nr. 8, Roth, bayr. Civ.R. § 337 bei Anm. 55 u. 56.

[25]) Hiezu Motive, Bd. 5 S. 300.

[26]) Protokolle, Bd. 5 S. 353 XII.

[27]) Im Ergebnis gleich: Strohal, Erbr. Bd. 1, S. 313, Anm. 9; Dernburg, b. R. Bd. 5 § 40 (S. 113); Endemann, Bd. 3, § 50 Anm. 15; Planck, Bem. 3a zu § 2255 (findet den Grund darin, daß bei einem rein tatsächlichen Handeln eines Dritten von einer nach außen hin wirkenden späteren Genehmigung überhaupt nicht die Rede sein kann) vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 330; And. M. Cosack, Lehrb. d. b. R. Bd. 2 § 358 I 2a bei Anm. 7b.

[28]) Cosack a. a. O.

gibt er die Widerrufsabsicht wieder auf, bevor der Beauftragte die Vernichtung vorgenommen hat, so macht die nun vorgenommene Vernichtung das Testament nicht unwirksam.

Daß Vernichtungshandlung und Widerrufsabsicht zusammentreffen, ist besonders für den Fall eines Teilwiderrufs zu beachten. Bezieht sich der Aufhebungswille nur auf einen Teil des Testaments, so wird nur dieser unwirksam,[29]) wenn auch die an der Urkunde vorgenommene Veränderung derart ist, daß man annehmen könnte, der Erblasser habe das ganze Testament widerrufen wollen. Umgekehrt wird aber die Absicht, das Testament seinem ganzen Umfang nach aufzuheben, nicht berücksichtigt werden können, wenn der Erblasser z. B. nur den Namen eines Erben oder auch des Alleinerben durchstrichen hat, denn dies stellt, seit der Unterschied zwischen Testament und Codizill weggefallen ist, keine Veränderung dar, durch die der Wille, das ganze Testament aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt.[30])

Das Zusammentreffen der beiden Voraussetzungen des Widerrufs müßte nach allgemeinen Beweisregeln von dem bewiesen werden, der den eingetretenen Widerrufserfolg für sich geltend macht. Dieser Beweis würde namentlich bezüglich des Vorliegens der Widerrufsabsicht mit großen Schwierigkeiten verbunden sein. Nun wird aber der Fall, daß der Erblasser die Urkunde vernichtet, trotzdem aber dem Testament seine Wirksamkeit belassen will, nicht gerade häufig vorkommen, vielmehr wird in der Regel die Vernichtung der Urkunde durch den Erblasser ein Ausdruck für dessen Widerrufsabsicht sein. Es erscheint deshalb billig, nicht für den Regelfall, sondern für die Ausnahme einen Beweis zu verlangen[31]) und das Gesetz stellt demgemäß im zweiten Absatze des § 2255 die Vermutung auf, daß der Erblasser mit der Vernichtung der Urkunde die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe.[32])

„Hat der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder in der bezeichneten Weise verändert, so wird vermutet, daß er die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe" (§ 2255 Abs. 2).[33])

[29]) Abgesehen von der eventuell noch aus § 2085 BGB. sich ergebenden Unwirksamkeit weiterer Verfügungen.

[30]) Teilweise anders das bayerische LR. Th. III, cap. 3 § 27. 3.

[31]) Vgl. Motive, Bd. 5 S. 301, 302.

[32]) Anders das gem. Recht: Dernburg, Pand, Bd. 3 § 94 bei Anm. 6 (hier obliegt der Nachweis, daß die Vernichtung in Aufhebungsabsicht erfolgt ist, den Intestaterben). Vgl. Roth, § 337 bei Anm. 50; Roth-Becher, § 366 bei Anm. 76 mit Bezug auf das bayer. LR. Th. III 3 § 27, 5 ff.

[33]) Genauer wäre es, wenn das Gesetz lautete: daß er damit

Diese Vermutung ist jedoch keine unwiderlegbare, sondern es ist der Beweis des Gegenteils zulässig. Dieser wird darauf abzielen, daß der Erblasser die beschädigende Handlung aus Irrtum, Versehen, im Zustande der Geschäftsunfähigkeit oder geistiger Störung vorgenommen kabe.[34])

Endemann[35]) will die Vermutung des § 2255 Abs. 2 für den Fall ausgeschlossen wissen, daß die Zerstörung auf Befehl des Erblassers von einem Anderen vorgenommen wurde. In diesem Falle, meint er, müsse der volle Beweis für den Aufhebungswillen durch den erbracht werden, der sich darauf berufe. Diese Anschauung ist durchaus unhaltbar und wird keineswegs durch den Wortlaut des Gesetzes gestützt, denn der Absatz 2 entspricht in seiner Fassung vollständig dem Abs. 1. Wenn hier die Worte: „Der Erblasser . . . vernichtet" dahin ausgelegt werden, daß der Handlung des Erblassers die auf dessen Befehl vorgenommene Zerstörungshandlung gleichzustellen ist,[36]) so muß die gleiche Auslegung auch für den zweiten Absatz in Anspruch genommen und demnach die Vermutung, welche die Handlung des Erblassers erfaßt, auch auf die auf seinen Befehl vorgenommene Handlung ausgedehnt werden.[37])

Dagegen wird mit Planck[38]) anzunehmen sein, daß im Falle der Vernichtung nur eines Exemplars von mehreren vorhandenen Testamentsurschriften die Vermutung des § 2255 Abs. 2 nicht durchgreift, da das Gesetz hier wohl voraussetzt, daß die einzige vorhandene Testamentsurkunde vernichtet oder verändert wurde und da die Möglichkeit besteht, daß der Erblasser die eine nur als überflüssig vernichten wollte.

Eine Vermutung dafür, daß der Zustand, in welchem das Testament nach dem Tode des Erblassers aufgefunden wurde, auf eine Handlung des Erblassers zurückzuführen ist, ist in das Gesetz nicht aufgenommen.[39]) Eine solche Vermutung wäre auch

---

oder mit Vornahme dieser Handlung die Aufhebung beabsichtigt habe, denn Vernichtung und Aufhebungsabsicht müssen zeitlich zusamfallen (s. o. bei Anm. 27). Doch ist dieser Sinn wohl aus Absatz 1 des § 2255 zu ergänzen.

[34]) Planck, Bem. 3 zu § 2255.

[35]) Endemann, Bd. III § 59 3a (S. 215).

[36]) s. o. bei Anm. 24.

[37]) Im Ergebnis gleich Planck Bem. 3 zu § 2255.

[38]) Planck a. a. O; ebenso Staudinger-Herzfelder, Bem. III B zu § 2253–2257. Mit Bezug auf das gem. R. Seuff. Archiv Bd. 9 Nr. 185 Bd. 38 Nr. 202; Dernburg Pand. Bd. III § 94 Anm. 6; Vangerow, Pand. § 460 III 2; vgl. auch bayr. L R. Th. III, 3 § 27. 10 u. Roth § 337 bei Anm. 59.

[39]) Motive, Bd. 5 S. 302; Planck, Bem. 3 zu § 2255. Das bayr. L.R. Th. III c. 3 § 27 Nr. 5 u. 6 unterschied zwischen dem Fall,

in hohem Grade bedenklich, denn sie könnte leicht unlauteren Machenschaften Vorschub leisten. Noch viel weniger besteht eine Vermutung dafür, daß die von einem Dritten vorgenommene Vernichtung auf Befehl oder im Auftrage des Erblassers erfolgt ist.[40])

III.

Der Beweis, daß die Zerstörung der Testamentsurkunde auf eine Handlung des Erblassers zurückzuführen ist, wird nicht immer leicht zu führen sein. Gelingt dieser Nachweis nicht, so gilt das Testament nicht als nach § 2255 widerrufen. Das gleiche ist der Fall, wenn ein Unbefugter die Vernichtung vorgenommen hat, wenn der Erblasser bei der Vernichtungshandlung nachweisbar keine Widerrufsabsicht hatte, wenn ihm die Testierfähigkeit fehlte oder seine Handlung wegen Geisteskrankheit sich als nichtig erwies. In allen diesen Fällen beeinträchtigt die Vernichtung der Testamentsurkunde die Wirksamkeit des Testaments nicht. Es bleibt im vollen Umfange giltig.[41])

Praktisch hat diese Giltigkeit natürlich nur Bedeutung, wenn es möglich ist, den Inhalt des Testamentes nachzuweisen.[42]) Als notwendig wird auch der Nachweis zu erachten sein, daß die gesetzlichen Formvorschriften eingehalten sind.[43]) Denn der Teil, in welchem festgestellt ist, daß die gesetzlichen Förmlichkeiten beachtet wurden, bildet ein wesentliches Stück des Testaments.

---

daß das Testament beim Erblasser gefunden wurde und dem, „da man selbes bei einem Dritten oder gar bei jenen findet, denen die Cassation Nutzen bringt." Ersterenfalls wird vermutet, daß die Cassation vorsätzlich vom Testator geschehen ist; im zweiten Falle „muß der Vorsatz des Testatoris von dem, der sich auf die Cassation gründet, genüglich bewiesen werden, außerdessen wird vielmehr präsumirt, daß es von ungefähr oder wenigst ohne Wissen und Willen des Testatoris geschehen seie." Vgl. Roth § 337 Anm. 56; Roth-Becher, § 366 Anmerkg. 77.

[40]) Vgl. hiezu bayr. L.R. Th. III, c. 3, § 27 „8. kann zwar ein Testament auch ex Commissione Testatoris cassirt werden, doch muß er die angebliche Commission auf Begehren genüglich beweisen, sonst soll er den Interessenten auf vorläufige Bescheinigung ihres vermeintlichen Interesse allen Schaden abtun."

[41]) Dernburg, bürg. R. Bd. 5 § 40 bei Note 12; Planck, Bem. 5 zu § 2255; Motive, Bd. 5 S. 308. Ebenso das fr. Recht: l. 1 § 3 D. 28. 4; Arndts, Pand. § 502: Puchta, Pand. § 484 Anm. e; Vangerow, Pand. § 460 III, 2; Windscheid-Kipp, Pand. § 615 bei Anm. 7—9 (Bd. 3 S. 551).

[42]) In diesem Sinne ist wohl auch Roth § 337 bei Anm. 56 und Roth-Becher § 366 bei Anm. 77 zu verstehen.

[43]) Über die Anwendbarkeit des Satzes: legalia praesumuntur vgl. Motive Bd. 5 S. 309.

Der Beweis bietet weiter keine Schwierigkeit, wenn die an der Urkunde vorgenommenen Veränderungen derart sind, daß sie den Inhalt des Testaments noch erkennen lassen. Hier kann der Beweis durch Vorlegung der Urkunde gemäß §§ 420 ff. CPO. geführt werden. Anders dagegen, wenn das Testament gänzlich vernichtet ist. In diesem Falle wird ebenso zu verfahren sein, wie bei einem durch Zufall verloren gegangenen Testament. Für dieses enthielt das preußische ALR.[44]) die Bestimmung, daß die Ausmittelung des Inhalts durch Beweis zulässig sei. In das BGB. ist eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen, trotzdem wird der Inhalt dieser Vorschrift des ALR. auch heute noch als geltendes Recht zu betrachten sein.[45]) Der Beweis ist an irgendwelche gesetzliche Beweisregeln nicht gebunden: es entscheidet freie Beweiswürdigung.[46]) Als Beweismittel werden insbesondere in Betracht kommen: Aufschreibungen des Erblassers, ein Entwurf des Testaments; beim gerichtlichen oder notariellen Testament auch noch die bei der Errichtung mitwirkenden Zeugen.

Eine besondere Frage ergibt sich noch, wie in einem solchen Falle die Ausschlagungsfrist für den Erben zu berechnen ist. § 1944 bestimmt:

> „Die Ausschlagung kann nur binnen sechs Wochen erfolgen.
>
> Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt. Ist der Erbe durch Verfügung von Todeswegen berufen, so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung . . ."

Bei der Erbfolge auf Grund eines vernichteten Testaments, dessen Inhalt durch Beweis festgestellt ist, käme also zunächst der Satz 2 des zweiten Absatzes zur Anwendung. Die „Verkündung" eines Testaments setzt aber, wie aus § 2260 BGB. hervorgeht, das Vorhandensein einer Testamentsurkunde voraus. Infolgedessen würde hier die sechswöchentliche Frist niemals in Lauf kommen. Es wird deshalb mit Lafrenz[47]) anzunehmen sein, daß sich der Satz 2 des zweiten Absatzes nur auf den Fall bezieht, daß eine

---

[44]) ALR. Th. I, 12 § 602; mit Bezug hierauf die Entsch. d. RG. in der Jur. Wschr. 1903 S. 299 Nr. 33 und 1904 S. 47 Nr. 18.

[45]) Motive Bd. 5 S. 309.

[46]) § 286 CPO. Über die Beweisfrage im gem. Recht: Windscheid-Kipp Bd. 3 § 615 (S. 551) Anm. 10 und die dort Citierten; dagegen Dernburg Pand. Bd. 3 § 173 Anm. 3, welcher auch für das gem. R. den Standpunkt des heutigen Rechts in Anspruch nehmen will. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 2, Nr. 359; Bd. 15 Nr. 138.

[47]) Lafrenz im „Recht" 1902 S. 553.

Eröffnung überhaupt möglich ist und das Gesetz demgemäß dahin auszulegen sein: „ist ein Erbe durch Verfügung von Todeswegen berufen und erfolgt die Verkündung, so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung." In den Fällen, in welchen, wie bei der Vernichtung der Urkunde, eine Verkündung nicht möglich ist, wird deshalb die Bestimmung des ersten Satzes in § 1944 Abs. 2 eingreifen, nach welcher die Ausschlagungsfrist mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grund der Berufung Kenntnis erlangt. Jedoch wird dem durch Testament berufenen Erben, solange die Unmöglichkeit der Verkündung nicht feststeht, nicht verwehrt werden können, auf die Ausnahmevorschrift des zweiten Satzes in § 1944 Abs. 2 sich zu berufen.[48])

IV.

Es ist nun noch die Frage zu erörtern, ob und wie der Erblasser die Wirkungen eines nach § 2255 bereits eingetretenen Widerrufs beseitigen kann. Der Entwurf erster Lesung[49]) verhielt sich zu der Frage der Zulässigkeit des Widerrufs eines Widerrufs überhaupt ablehnend. Einen anderen Standpunkt vertrat die Kommission zur Beratung des zweiten Entwurfs,[50]) durch deren Beschluß § 2257 in das BGB. aufgenommen wurde:

> „Wird der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen, so ist die Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre."

Der Paragraph spricht nur von dem durch Testament erfolgten Widerruf,[51]) man wird also aus dem Wortlaute des Gesetzes nur die Zulässigkeit des Widerrufs eines nach § 2254, nicht aber auch eines nach § 2255 oder § 2256 erfolgten Widerrufs entnehmen können. In Ansehung der präzisen Ausdrucksweise des Gesetzes erscheint auch die Anwendung auf die genannten Paragraphen durch Analogie als durchaus unzulässig.[52])

Die Kommission[53]) suchte den Standpunkt des ersten Entwurfs durch den Hinweis auf das sonderbare Ergebnis ad absur-

[48]) Lafrenz a. a. O.
[49]) § 1933 Abs. 2; Motive Bd. 5 S. 298, 299.
[50]) Protokolle, Bd. 5 S. 351—353.
[51]) Dies scheint Endemann Bd. 3 § 502c (S. 214) Anm. 8 zu verkennen.
[52]) Cosack, Lehrb. d. b. R. § 358 I 2b; Dernburg, bürg. R. Bd. 5 § 40 (S. 113); Meischeider, die letztw. Verf. S. 550, 551; Planck, Bem. 4 zu § 2255; Staudinger-Herzfelder, Bem. IV zu §§ 2253—57.
[53]) Protokolle, Bd. 5 S. 553.

dum zu führen, daß auf Grund des Entwurfs zwar die ursprüngliche Verfügung durch eine erfolgreiche Anfechtung des Widerrufs wieder in Wirksamkeit treten würde, dagegen dem ausdrücklichen Widerruf des Widerrufs diese Bedeutung versagt bliebe. Die gleiche Erwägung würde allerdings auch für die Zulassung des Widerrufs eines nach § 2255 erfolgten Widerrufs sprechen.

Gleichwohl muß der Standpunkt des Gesetzes als durchaus gerechtfertigt erachtet werden. Die von den Motiven[54]) gegen die Umdeutung eines negativen Widerrufs in eine dadurch wieder in Wirksamkeit tretende positive Verfügung geltend gemachten Bedenken, daß es hier an einem klaren und vollständigen Willensausdrucke fehle, treffen hier in erhöhtem Maße zu. Das Rechtsleben im allgemeinen und insbesondere die testamentarische Erbfolge erfordern klare Tatsachen. Würde man z. B. den Widerruf eines durch Zerreißen oder Durchstreichen der Testamentsurkunde erfolgten Widerrufs zulassen in der Weise, daß der Erblasser die Stücke zusammenklebt, die Striche ausradiert oder das Durchstrichene unterpunktiert und der Erblasser würde nun das wieder in Kraft getretene Testament neuerdings nach § 2255 widerrufen, so würde des Streitens kein Ende sein, denn man kann bei mehreren Strichen oder Rissen nicht unterscheiden, welcher aus früherer, welcher aus späterer Zeit herrührt, abgesehen davon, daß auch die Urheberschaft solcher Manipulationen nicht leicht nachzuweisen sein wird. Die Feststellung des wirklichen letzten Willens des Erblassers wäre also mit großen Schwierigkeiten verknüpft und die Rechtssicherheit müßte unter derartigen Bestimmungen leiden. Gleiche Bedenken können gegen die Zulassung des Widerrufs eines durch Testament erfolgten Widerrufs nicht geltend gemacht werden.

Fraglich ist noch, ob § 2255 widerrufene letztwillige Verfügung nicht in der Weise wieder zur Wirksamkeit gebracht werden kann, daß der Erblasser in Testamentsform erklärt, daß er die widerrufene Verfügung als seinen letzten Willen aufrecht erhalten wolle. Auch diese Frage wird zu verneinen sein, denn die Zulassung einer derartigen Verfügung würde die Statthaftigkeit der in das BGB. nicht aufgenommenen institutio mystica[55]) bedeuten. Für das BGB. muß streng daran festgehalten werden, daß eine Urkunde, auf die sich der Erblasser zur Ergänzung einer letztwilligen Verfügung bezieht, selbst ein giltiges Testament darstellt.[56])

---

[54]) Motive, Bd. 5 S. 299.
[55]) Motive, Bd. 5 S. 32, 294.
[56]) Planck, Bem. zu § 2086; Staudinger-Herzfelder Bem. 4 zu § 2065, Bem. 2 zu § 2086.

Dem Erblasser, der einer nach § 2255 widerrufenen Verfügung wieder Kraft verleihen will, wird demnach kein anderer Weg offen bleiben, als den Inhalt der widerrufenen Verfügung in einem neuen Testament zu wiederholen.

§ 3.

Der Widerruf nach § 2256.

„Ein vor einem Richter oder vor einem Notar oder nach § 2249 errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird.

Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Die Rückgabe darf nur an dem Erblasser persönlich erfolgen.

Die Vorschriften des Abs. 2 gelten auch für ein nach § 2248[1]) hinterlegtes Testament; die Rückgabe ist auf die Wirksamkeit des Testaments ohne Einfluß" (§ 2256).

Die Anwendbarkeit des § 2256 ist nach dem Wortlaute des Gesetzes auf ganz bestimmte Fälle beschränkt; er findet nur Anwendung:

a) bei dem vor einem Richter oder Notar (§§ 2232–2247),
b) bei dem vor dem Gemeindevorsteher oder den diesem gleichgestellten Personen (§§ 2249, 2250) errichteten Testament,

unter der Voraussetzung, daß die Urkunde sich in amtlicher Verwahrung[2]) befindet.

Ein Widerruf nach § 2256 ist dagegen nicht möglich, nach ausdrücklicher Vorschrift des dritten Absatzes, bei dem nach § 2248 in amtliche Verwahrung genommenen Privattestament. Das gleiche muß für das Seetestament, das Militärtestament und das ohne amtliche Mitwirkung errichtete Quarantänetestament gelten, für welche eine amtliche Verwahrung nicht vorgeschrieben ist.[3]) Bei diesen Testamentsformen liegt die Hinterlegung im Ermessen des Verfügenden; es kann deshalb auch die Wiederauf-

---

[1]) § 2248 bestimmt, daß ein Privattestament auf Verlangen in amtliche Verwahrung zu nehmen ist.

[2]) Vgl. Cosack, § 357 Anm. 3 über die Frage, wem nach Landesrecht die amtliche Verwahrung zusteht.

[3]) Endemann, Bd. 3 § 27 Anm. 20; Fischer-Henle Note 2 zu § 2248; Planck Bem. 5 zu § 2256; s. auch ob. § 1 Anm. 9—11 (S. 5).

hebung der amtlichen Verwahrung nicht von Einfluß auf die Wirksamkeit des Testaments sein.

Strittig ist die Frage, wie es mit einer nach § 2238 übergebenen Schrift, welche den Erfordernissen eines eigenhändigen Privattestaments genügt, zu halten ist, ob dieselbe nämlich durch die Zurücknahme aus der amtlichen Verwahrung lediglich die Eigenschaft eines gerichtlichen oder notariellen Testaments einbüßt und als eigenhändiges Privattestament giltig bleibt,[4]) oder ob es durch die Zurücknahme schlechthin jede Wirksamkeit verliert. Die Mehrzahl der Schriftsteller[5]) spricht sich für die zweite Alternative aus. Diese Stellungnahme wird damit begründet, daß das Testament durch die giltig bewirkte Übergabe nach § 2238 in ein öffentliches Testament verwandelt worden sei und damit die Eigenschaft eines Privattestaments verloren habe, denn es könne nicht beide Eigenschaften zu gleicher Zeit in sich vereinigen:

M. E. sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Die nach § 2238 übergebene Schrift trägt nur zufällig die Formen des eigenhändigen Testaments an sich. Der Erblasser wollte die Testamentserrichtung mit der Niederschrift nicht vollziehen, sondern nur vorbereiten. Hier lag vor der Übergabe überhaupt noch kein Testament vor. Daß in diesem Falle die Urkunde mit der Rückgabe ihre Wirksamkeit verliert, kann nicht bezweifelt werden.

2. Es lag bereits vor der Übergabe in die amtliche Verwahrung ein vollendetes eigenhändiges Privattestament vor, der Erblasser wählte jedoch absichtlich zur Übergabe nicht die Form des § 2248, sondern der größeren Sicherheit wegen oder aus sonstigen Gründen die Form der Testamentserrichtung nach § 2238. Damit ist das Testament ein öffentliches geworden und fortan als solches zu behandeln. Demgemäß muß es auch durch die Wiederaufhebung der amtlichen Verwahrung seine Wirksamkeit verlieren.[6]) Dieses Ergebnis wird m. E. auch allein dem Sinne des § 2256 gerecht, welcher in der Aufhebung der amtlichen Verwahrung beim öffentlichen Testament — nur ein solches liegt ja hier vor — stets den Ausdruck des Widerrufswillens erblickt. Auch praktisch genügt es anscheinend allen Anforderungen. Der Verwahrungsbeamte wird den die Rückgabe verlangenden Erblasser dahin belehren, daß die Zurücknahme die Aufhebung des Testaments bewirke; der Erblasser wird auch in

---

[4]) So Kreittmayr für das bayer. Landrecht; s. oben Einl. Anm. 10 (S. 2).

[5]) Cosack, Bd. 2 § 358 I 3a (Beisp. bei Anm. 9); Planck, Bem. 5 zu § 2256; Staudinger-Herzfelder, Bem. III C zu §§ 2253—2257.

[6]) And. M. Strohal, Erbr. Bd. 1 § 42 Nr. III d.

der Regel nicht mehr daran denken, daß das Schriftstück schon vor der Übergabe ein Testament war. Wenn Küntzel[7]) meint, der Fall, daß ein bereits vollendetes Testament nach § 2238 in amtliche Verwahrung gebracht werde, sei praktisch nicht gut denkbar, da der Verwahrungsbeamte es in der Regel ablehnen werde, die Überreichung einer solchen Urkunde in den Formen der §§ 2233 ff. zu beurkunden, da für solche § 2248 bestimmt sei, so verkennt er hiebei, daß es dem Verwahrungsbeamten vielfach gar nicht möglich ist, die Form der überreichten Schrift zu kontrollieren, da diese ja auch verschlossen übergeben werden kann, ferner, daß nicht jedes Schriftstück, welches äußerlich die Formen des eigenhändigen Testaments aufweist, auch wirklich ein Testament ist (wie in den Fällen unter 1). Auch für den Fall, daß der Erblasser selbst die Schrift als bereits vollendetes Testament bezeichnet, wird der Verwahrungsbeamte nicht berechtigt sein, die Mitwirkung bei einer neuen Testamentserrichtung in öffentlicher Form zu verweigern und den Erblasser auf den unsicheren Weg des Privattestaments zu verweisen. Er wird sich auch voraussichtlich gar nicht der Gefahr aussetzen, daß durch sein Dazwischentreten u. U. die Einrichtung eines giltigen Testaments vereitelt wird. Man denke nur, daß das Privattestament etwa unter dem Einflusse widerrechtlicher Drohung niedergeschrieben wurde. Dann ist es, nach § 2248 deponiert, anfechtbar, auch wenn zur Zeit der Deponierung der Zwang nicht mehr vorlag, denn eine Bestätigung letztwilliger Verfügungen durch den Erblasser gibt es richtiger Ansicht nach nicht.[8]) Würde es dagegen in Form der Testamentserrichtung nach § 2238 übergeben, so ist es unanfechtbar, wenn zur Zeit der Übergabe die Drohung nicht mehr wirkte.

3. Der gleiche Fall, wie unter 2., nur wurde bei der Übergabe in die amtliche Verwahrung versehentlich die Form des § 2238 statt der des § 2248 gewählt, etwa weil der Verwahrungsbeamte den Erblasser nicht richtig verstand. Hier lag in Wirklichkeit eine neue Testamentserrichtung nicht vor, denn der Erblasser wollte eine solche nicht. Das Testament blieb deshalb das, was es bisher war: ein Privattestament. Es ist klar, daß hier die Zurücknahme, die nach § 2256 Abs. 3 zu beurteilen ist, ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Testaments ist.[9])

Die Rückgabe der amtlich verwahrten Urkunde kann der Erblasser gemäß § 2256 Abs. 2 jederzeit verlangen, solange er aber

[7]) Küntzel, in Gruchot, Beitr. Bd 41 S. 601 ff. mit Bezug auf Strohal, Erbr. 1. Aufl. S. 54.
[8]) Planck, 3. Aufl. Bem. 2b γ zu §§ 2078—2083 (Bd. 5 S. 356).
[9]) Ähnlich Küntzel, a. a. O.

dieses Verlangen nicht stellt, ist die Verwahrung Amtspflicht der Behörde.[10]) Eine Rückgabe ohne Verlangen des Erblassers muß deshalb als unzulässig betrachtet werden; erfolgt sie trotzdem,[11]) so können ihr doch Rechtswirkungen nicht zukommen. Daraus ergibt sich, daß nur die auf Verlangen des Erblassers erfolgte Rückgabe bewirkt, daß das Testament als widerrufen gilt, trotzdem das Gesetz dies nicht ausdrücklich hervorhebt.[12])

Der Erblasser muß die Rückgabe verlangt haben. Bloße Vorlegung des Testaments und Eröffnung zur Einsichtnahme durch den Erblasser gegen alsbaldigen Wiederverschluß fällt deshalb nicht unter § 2256.[13])

Zu beachten ist noch, daß das Verlangen der Rückgabe nicht immer ein ausdrückliches zu sein braucht. Unter Umständen kann z. B. auch in der vorbehaltslosen Entgegennahme der Testamentsurkunde ein Verlangen auf Rückgabe erblickt werden. Eine unter diesen Umständen erfolgte Zurücknahme muß mit den gleichen Wirkungen ausgestattet sein, wie die auf ausdrückliches Verlangen des Erblassers erfolgte.

Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen (§ 2256 Abs. 2); die Rückgabe an einen Vertreter ist deshalb ausgeschlossen. Die Motive[14]) begründen diesen Standpunkt, mit dem sich der Entwurf in Widerspruch zum preußischen Landrecht[15]) setzte, damit, daß es mit den Vorschriften über die ordentliche Widerrufsform nicht in Einklang stehen würde, wenn man hier eine rechtsgeschäftliche Vertretung zuließe. Ein in der Kommission gestellter Antrag, die Vertretung in gleicher Weise, wie nach preußischem Landrecht zuzulassen, wurde abgelehnt, da die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung durch Rückgabe der in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamentsurkunde ein so wichtiger Akt sei, daß es sich rechtfertige, die Aufhebung ebenso, wie die Errichtung nur durch unmittelbaren Verkehr des Testators mit dem Gerichte sich vollziehen zu lassen.[16]) Die Protokolle[17]) weisen

[10]) Küntzel, a. a. O.; Fischer-Henle, Bem. zu § 2256.

[11]) Ein Beispiel für diesen praktisch wohl nicht häufigen Fall s. unt. S. 25.

[12]) Motive, Bd. 5 S. 302; Strohal, Erbr. 3. Aufl. § 42 III 3; Planck, Bem. 2 zu § 2256; Staudinger-Herzfelder, Bem. III B zu §§ 2253—2257; vgl. auch Strohal, Erbr. 1. Aufl. S. 54 und hiezu Küntzel, a. a. O.

[13]) Fischer-Henle, Note 2 zu § 2256; vgl. bayr. Not.Gesch.O. v. 24. XII. 99 § 241.

[14]) Motive Bd. 5 S. 303.

[15]) Das pr. ALR. I, 12 § 571 gestattete die Rückgabe an einen mit öffentlich beglaubigter Vollmacht ausgestatteten Vertreter.

[16]) Protokolle, Bd. 5 S. 353.

[17]) Protokolle, a. a. O.

ferner zutreffend darauf hin, daß der Verwahrungsbeamte im Falle der Zulassung einer Vertretung nicht wissen könne, ob in dem Augenblick, in welchem der Bevollmächtigte von der Vollmacht Gebrauch mache, der Testator noch lebe oder ob er seine Vollmacht nicht widerrufen habe.

Bei weiterer Entfernung des Erblassers vom Verwahrungsorte kann die Rückgabe, wie schon die Motive[18]) hervorheben, im Wege der Rechtshilfe erfolgen. Ist der Erblasser verhindert, vor dem zuständigen Beamten zu erscheinen, so wird sich dieser zu ihm zu begeben haben.[19]) Ein praktischer Übelstand wird deshalb durch die Versagung einer Vertretung für den Erblasser nicht zu besorgen sein.

Selbstverständlich muß dem Erblasser die richtige Urkunde zurückgegeben werden. Wenn dem A aus Versehen das Testament des B zurückgegeben wird, so ist weder das Testament des A noch das des B in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt. Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Erblasser zwei Testamente errichtet hat und die Rückgabe des ersten verlangt, der Verwahrungsbeamte jedoch das zweite aushändigt. Hier bleiben beide Testamente gültig: das erste, weil es in der amtlichen Verwahrung geblieben ist, das zweite, weil dessen Rückgabe nicht verlangt war.

Die Urkunde muß dem Erblasser zurückgegeben werden d. h. er muß auf rechtmäßige Weise mit Hilfe des Verwahrungsbeamten in deren Besitz gelangt sein. Hat er sich z. B. die Urkunde unzulässigerweise selbst verschafft, so liegt kein Fall des § 2256 vor. Daß es jedoch dem Erblasser möglich ist, das Testament hier nach § 2255 zu widerrufen, wurde bereits oben[20]) ausgeführt.

Die Wirkung des Widerrufs ist an die Rückgabe der Urkunde an den Erblasser geknüpft. Das bloße Verlangen der Rückgabe bewirkt also den Widerruf selbst dann nicht, wenn es in Widerrufsabsicht gestellt ist.[21]) Ausnahmsweise wird schon dem Verlangen der Rückgabe Wiederrufswirkung zukommen, wenn das schriftlich erklärte Verlangen die Form des eigenhändigen Testaments erfüllt und der Wille zu widerrufen, schon in dem Schriftstück erklärt ist,[22]) nicht jedoch, wenn dieses nur besagt, daß der Erblasser durch die demnächst erfolgende Zurücknahme widerrufen wolle, denn dies ist nicht die Erklärung eines gegenwärtigen,

---

[18]) Motive, Bd. 5 S. 303; vgl. § 2 des Ges. üb. d. freiw. Ger.
[19]) Planck, Bem. 4 zu § 2256.
[20]) § 1 bei Anm. 12 (S. 5).
[21]) Planck, Bem. 2 zu § 2256; ebenso f. d. pr. ALR. Bornemann, Bd. VI § 114.
[22]) Vgl. Strohal, Erbr. Bd. 1 S. 315.

sondern eines künftigen Willens. Die Widerrufswirkung ist also hier nicht sowohl an das Verlangen der Rückgabe selbst, als vielmehr an die nebenbei noch formgerecht abgegebene Erklärung des Widerrufswillens geknüpft.

Wesentlich für den Eintritt der Widerrufswirkung ist demnach nur die Rückgabe, welcher allerdings das Verlangen des Erblassers auf Rückgabe vorausgehen muß. Wenn man jedoch bedenkt, daß der Erblasser damit, daß er zur Empfangnahme vor Gericht oder vor dem Notar erscheint, das Verlangen der Rückgabe erneut,[23]) daß andererseits das früher gestellte Verlangen nicht genügt, das Verlangen vielmehr bei der Rückgabe vorhanden sein muß, so kommt man zu dem Ergebnis, daß abgesehen von dem auf voriger Seite angeführten Fall das vor der Rückgabe gestellte Verlangen nach Rückgabe für den Eintritt des Widerrufserfolgs ganz unwesentlich ist. Daraus ergibt sich dann weiter, daß es ohne Bedeutung ist, ob auf Seite des Erblassers zur Zeit des Verlangens der Rückgabe Testierfähigkeit vorlag, wenn er nur zur Zeit der Rückgabe testierfähig war.[24])

Für den Fall, daß sich mehrere gleichlautende Testamente in amtlicher Verwahrung befinden, wird der Inhalt derselben erst dann als widerrufen gelten, wenn sämtliche Exemplare zurückgegeben sind.[25])

Hat der Erblasser die Urkunde seinem Verlangen entsprechend zurückerhalten, so gilt das Testament als widerrufen, ganz gleichgiltig, ob der Erblasser diesen Erfolg beabsichtigt hat oder nicht. Das Gesetz knüpft also nicht, wie in § 2255, an die Handlung des Erblassers die widerlegbare Vermutung (praesumtio iuris), daß der Erblasser mit derselben seine Widerrufsabsicht betätigen wollte, sondern es stellt die unwiderlegbare Vermutung (praesumtio iuris et de iure) auf, daß der Erblasser mit der Zurücknahme das Testament widerrufen habe. Die Folgen knüpfen sich demnach einzig und allein an die äußeren Merkmale: Verlangen und Rückgabe. Das Testament gilt also auch dann als widerrufen, wenn der Erblasser die gesetzliche Folge der Zurücknahme nicht gekannt hat, ja selbst dann, wenn der Erblasser ausdrücklich die Absicht erklärt hatte, das Testament mit der Rücknahme nicht zu widerrufen. Eine solche Absicht würde als dem Gesetz zuwiderlaufend keine Beachtung finden.[26])

---

[23]) Küntzel in den Beitr. z. Erl. d. d. R. Bd. 41 S. 601.

[24]) Ebenso Küntzel a. a. O. (mit Bezug auf Strohal, Erbr. 1. Aufl. S. 55), Strohal, Erbr. 3. Aufl. Bd. 1 S. 316; Cosack, § 358 I 3 a (Bd. 2 S. 695); Planck, Bem. 2 zu § 2256; Fischer-Henle, Note 3 zu § 2256.

[25]) So für das pr. ALR. Bornemann, Bd. 6 § 114.

[26]) Motive, Bd. 5 S. 303; Cosack, § 358 I 3 a (Bd. 2 S. 695); Endemann, Bd. 3 § 29 Anm. 33; Planck, Bem. 1 zu § 2256.

Wir haben hier also das merkwürdige Ergebnis, daß jemand letztwillig verfügt, ohne es zu wollen oder zu wissen, ja sogar im ausdrücklichen Gegensatz zu seinem Willen. Dies kann deswegen zu Übelständen führen, weil der Erblasser vielfach die Bestimmungen des § 2256 nicht kennen wird und bei Kenntnis der Folgen den Schritt vielleicht unterlassen hätte. Ferner ist zu bedenken, daß die Rückgabe eines amtlich verwahrten Testaments nicht immer die gleichen Folgen nach sich zieht. Der Entwurf ging von dem Gedanken aus, daß Giltigkeit des Testaments und amtliche Verwahrung in der Regel zusammenfallen.[27]) Durch das in letzter Stunde vom Reichstag eingeführte Privattestament wurde nun plötzlich dieses System durchbrochen. Die Natur dieser Testamentsform bedingte die Einführung einer anderen Art der amtlichen Verwahrung, welcher eine gleiche Bedeutung für die Wirksamkeit des Testaments wie beim öffentlichen Testament nicht zukommen konnte. Nun ist aber zu befürchten, daß der Laie nicht immer den richtigen Unterschied zwischen den Folgen der Zurücknahme, wenn es sich um ein Privat- oder um ein öffentliches Testament handelt, zu machen weiß. Es kann deshalb leicht in einem Fall, in welchem das Gesetz an die Rückgabe Widerrufsfolge knüpft, zu der Annahme kommen, die Zurücknahme schade der Wirksamkeit des Testaments nicht, und umgekehrt. Die Gefahr, daß hiedurch Unzuträglichkeiten entstehen, wird dadurch gemindert, daß die Rückgabe nur an den Erblasser persönlich erfolgen darf. Der Verwahrungsbeamte kann deshalb den Erblasser auf die Folgen der Rückgabe aufmerksam machen,[28]) ja es wird sogar als seine Pflicht zu erachten sein, ihn hierüber zu belehren.

Wie bereits hervorgehoben, ist die amtliche Verwahrung nicht unerläßliche Voraussetzung für die Wirksamkeit eines öffentlichen Testaments, vielmehr tritt der Widerruf durch Aufhebung des amtlichen Gewahrsams nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 2256 Abs. 1 ein. In allen anderen Fällen bleibt das Testament, trotzdem es aus der amtlichen Verwahrung gekommen ist, seinem vollen Umfange nach giltig, so z. B. wenn das Testament in den Besitz des Erblassers gekommen ist, ohne daß er die Rückgabe verlangt hatte, wenn die Rückgabe nicht an den Erblasser persönlich, sondern an einen Bevollmächtigten oder an einen zur Rücknahme Unbefugten[29]) erfolgt ist, wenn es sich um eine Verwechslung der Urkunden handelt, wenn der Erblasser

---

[27]) Vgl. Motive a. a. O.

[28]) In Bayern ist dies für die Notare durch § 240 Abs. 5 der bayr. Not.Gesch.O. vom 24. XII. 1899 vorgeschrieben.

[29]) Dernburg, bürg. R. Bd. 5 S. 118.

sich die Urkunde nicht auf rechtmäßigem Wege verschafft hat oder wenn ihm zur Zeit der Rückgabe die Testierfähigkeit fehlte.

Ist das Testament trotz Aufhebung des amtlichen Gewahrsams wirksam geblieben, so ist der Beweis des Inhalts nach allgemeinen Beweisregeln zulässig. Das hierüber oben[30]) Gesagte gilt auch hier. Wenn die Testamentsurkunde noch vorhanden ist, wird insbesondere der Beweis durch Vorlegung der Urkunde in Betracht kommen (§§ 420 ff. CPO.).

Aus den gleichen Gründen, aus welchen oben[31]) die Zulässigkeit des Widerrufs eines nach § 2255 erfolgten Widerrufs verneint wurde, muß auch der nach § 2256 erfolgte Widerruf als unwiderruflich erachtet werden. Es wird also namentlich das Zurückbringen der Testamentsurkunde in die amtliche Verwahrung die Wirksamkeit der in derselben getroffenen Verfügungen nicht wiederherstellen.[32]) Mit Planck[33]) wird deshalb die Wiederannahme eines zurückgenommenen Testaments überhaupt nur beim eigenhändigen Testament als zulässig zu erachten sein.

Wie bei § 2255[34]) wird zur Wiederherstellung der widerrufenen Verfügung auch nicht die in Testamentsform abgegebene Erklärung genügen, daß das widerrufene Testament wieder wirksam werden solle. Die Wirksamkeit der Testamentsurkunde kann demnach nur durch neuerliche Testamentserrichtung wieder hergestellt werden.[35]) Diese liegt aber auch vor, wenn die alte Urkunde gemäß § 2238 überreicht wird.

---

[30]) § 2 bei Anm. 42 ff. (S. 17 f.).
[31]) § 2 IV. (S. 19 ff.).
[32]) Cosack, § 358 I 3b, Planck, Bem. 6 zu § 2256, Staudinger-Herzfelder Bem. IV zu §§ 2253—2257, anders Kreittmayr Th. III c. 4 § 2 Nr. 12 a. E. für das bayr. LR.: „Wird nun das zurückgenommene Testament von Neuem wiederum ad acta übergeben, so fängt solches, wo nicht ex prima, doch nova oblatione wiederum zu gelten an."
[33]) Planck, a. a. O.
[34]) S. oben § 2 IV bei Anm. 55 (S. 20).
[35]) Staudinger-Herzfelder a. a. O.

II. Abschnitt.

Einfluß von Willensmängeln auf die Wirksamkeit des nach § 2255 und § 2256 erfolgten Widerrufs.

Wie in den vorhergehenden Paragraphen dargelegt wurde, besteht zwischen den Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 2255 und des § 2256 eine weitgehende Verschiedenheit. Dort wird zur Bewirkung des Widerrufs die Aufhebungsabsicht des Testators verlangt — wo kein Wille des Erblassers, da kein Widerruf; hier ist der Wille des Erblassers vollständig unbeachtlich; er ist zum Eintritte des Widerrufserfolges nicht erforderlich, ja nicht einmal der entgegenstehende Wille des Erblassers kann den Eintritt der Widerrufswirkung aufhalten. In § 2255 ist der Wille des Erblassers alles, in § 2256 nichts.

Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß diese grundsätzliche Verschiedenheit auch beim Vorliegen von Willensmängeln sich geltend machen muß. Daß auf Willensmängel, die den beiden hier besprochenen Arten des Widerrufs anhaften, die Grundsätze über Willensmängel bei letztwilligen Verfügungen Anwendung finden, wurde bereits oben[1]) ausgeführt. In welcher Weise im einzelnen Willensmängel auf die Wirksamkeit der beiden genannten Widerrufsarten einwirken, soll in den folgenden Paragraphen untersucht werden.

§ 4.

Willensmängel bei dem nach § 2255 erfolgten Widerruf.

§ 2255 ist auf dem Grundsatze des reinen Willensdogmas aufgebaut: wo kein Aufhebungswille, da kein Widerruf. Daraus

[1]) § 1 bei Anm. 18 (S. 6).

ergibt sich für Willensmängel die Unterscheidung folgender zwei Fälle:

1. Willensmängel, welche den Inhalt der Erklärung betreffen, bewirken die Nichtigkeit der Erklärung. Die Erklärung kann hier die Aufhebung des Testaments nicht zur Folge haben, da der Wille fehlt, mit derselben die Widerrufsabsicht zum Ausdruck zu bringen. In den hieher gehörigen Fällen bedarf es demnach keiner Anfechtung, um dem wirklichen Willen des Erblassers Geltung zu verschaffen.

2. Willensmängel, welche nur das Motiv der Erklärung betreffen, bewirken Anfechtbarkeit. Hier trifft tatsächlich der Aufhebungswille mit der Vernichtungshandlung zusammen, nur das der Willensäußerung zugrunde liegende Motiv ist fehlerhaft. Es kommt also tatsächlich der Widerruf des Testaments zustande, welcher erst durch erfolgreiche Anfechtung wieder beseitigt werden kann.

Zur ersten Gruppe gehören: Irrtum über den Inhalt der Erklärung, Verwechslung der Urkunden, widerrechtliche Drohung, die nur den Willen zur Zerstörung der Urkunde ohne materielle Widerrufsabsicht zur Folge hat, und Mentalreservation.

Daraus ergibt sich zunächst die Nichtanwendung des § 2078 Abs. 1. Wenn der Erblasser an Stelle eines anderen Schriftstücks die Testamentsurkunde zerreißt oder beim Aufschneiden der Hülle das darin enthaltene Testament zerschneidet, so bleibt beidemale, da eine Widerrufsabsicht nicht vorlag, das Testament giltig, ohne daß es einer Anfechtung bedarf.

Im Falle widerrechtlicher Drohung (§ 2078 Abs. 2) ist zu unterscheiden, ob die Drohung nur den Willen zur Vernichtung der Urkunde oder auch den Aufhebungswillen zur Folge hatte. Trifft nur das erstere zu, so ist die Zerstörung wirkungslos, denn sie erfolgte nicht in Aufhebungsabsicht; die zweite Alternative stellt dagegen einen zur Gruppe 2 gehörigen Fall dar, in welchem Anfechtung Platz greift.

Die Mentalreservation, d. h. der geheime Vorbehalt des Erklärenden — hier des Erblassers — das Erklärte nicht zu wollen, läßt sich naturgemäß nicht mit der ernstlichen Widerrufsabsicht verbinden. Unter dem Erklärten i. S. des § 116 kann man hier etwa die aus der Vernichtung der Urkunde zu entnehmende stillschweigende Erklärung, das Testament zu widerrufen, verstehen. Aus dem Vorbehalt, dies nicht zu wollen, geht hervor, daß dem Erblasser bei der Vernichtung die Widerrufsabsicht mangelte. Daraus folgt, daß, entgegen der allgemeinen Regel des § 116 Abs. 1,[2])

[2]) § 116 Abs. 2 kommt ebenso wie § 117 Abs. 2 für letztwillige

die Erklärung ohne Rechtswirkung, nichtig ist. Praktische Bedeutung wird dem Fall wohl kaum zukommen.

Aus dem gleichen Grunde, der die Anwendung des § 116 unmöglich macht, kann auch § 118 keine Anwendung finden; die „nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung" kann selbstverständlich keine Aufhebungsabsicht in sich schließen. Es kann deshalb hier die Frage offen gelassen werden, ob § 118 überhaupt auf letztwillige Verfügungen anwendbar ist.[3])

Die zweite Gruppe bilden die Fälle des § 2078 Abs. 2, soweit nicht der Fall der widerrechtlichen Drohung, wie bereits dargetan, unter die erste Gruppe fällt. Hier findet Anfechtung statt nach den allgemein für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen[4]) geltenden Grundsätzen. Wichtig ist hier, wie allgemein bei den letztwilligen Verfügungen, besonders die Anfechtung wegen Irrtums im Beweggrunde.[5]) Die Anwendung auf § 2255 sollen folgende Beispiele zeigen:

1. Der Erblasser vernichtet ein Testament in der Absicht, ein früheres Testament, das jedoch wegen Formmangels nichtig

---

Verfügungen als nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen nicht in Betracht, da es hier an einer Person fehlt, der gegenüber eine Erklärung abzugeben ist. Der Umstand, daß beim öffentlichen Testament eine Erklärung an den Richter oder Notar abgegeben werden muß, macht die letztwillige Verfügung noch nicht zu einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, denn hierunter versteht man nur Erklärungen an eine beteiligte Partei. Cosack, Bd. 2 S 624; Dernburg, b. R. Bd. 5 § 33 Anm. 2; Hellwig, Vertr. S 653; Strohal, § 41 Anm. 2; Planck, Bem. 2 zu § 2238; Abw. Endemann, Bd. 3 § 47 Anm. 14.

[3]) Dernburg, bürg. R. Bd. 1 § 141 IV legt den § 118 in der Weise aus: „eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde von dem Empfänger der Erklärung nicht verkannt werden, ist nichtig," da er es für selbstverständlich hält, daß es sich in der Beschränkung der Nichtigkeit nur um Geschäfte handeln könne, welche an einen Erklärungsempfänger gerichtet sind, dessen berechtigte Erwartungen durch die scherzhafte Äußerung verletzt werden. Diese Auslegung schließt natürlich die Anwendung auf letztwillige Verfügungen aus, da es hier an einem Erklärungsempfänger fehlt. Dernburg, Bd. 5 § 45 III (S. 134). Der Wortlaut des Gesetzes spricht nicht für diese Ansicht, vgl. Strohal, Erbr. Bd. 1 S. 296 Anm. 1.

[4]) Von der zahlreichen Literatur hierüber vgl. u. A.: Cosack, Bd 2 § 350 (S 682 ff.); Dernburg, Bd. 5 § 45 (S. 133 ff.); Endemann, Bd. 3 § 49 (S. 207 ff); Strohal, Erbr. Bd. 1 § 41 (S. 296 ff.); derselbe, Anfechtung letztw. Verf. 1892; Meischeider, die letztw. Verf. nach dem BGB. 1899; Baden, Anfechtung wegen arglistiger Täuschung 1906; Dobrzynski, der Irrtum im Beweggr. bei letztw. Verf. 1903; Rabs, der Einfluß des Irrtums in den Beweggr. auf letztw. Verf. 1904.

[5]) So im Anschluß an die herrschende Lehre und im Gegensatz zu Endemann, Bd. 3 § 49.

ist, wieder in Kraft zu setzen. Der Widerruf kann angefochten werden, da der Erblasser zu demselben durch die irrige Erwartung, es werde die Erbfolge nach dem ersten Testament eintreten, bestimmt worden ist.[6])

2. Der Erblasser, welcher in seinem Testament seinen Diener mit einem Vermächtnis von 5000 M bedacht hat, will nach einiger Zeit das Vermächtnis erhöhen, streicht deshalb „5000 M" aus und schreibt darüber „6000 M" ohne sonst etwas an der Urkunde zu ändern. Durch das Ausstreichen der 5000 M ist das Testament, soweit es die Einsetzung des Dieners verfügte, giltig widerrufen worden[7]), da der Erblasser hiebei die Absicht hatte, das Vermächtnis zu 5000 M aufzuheben und an dessen Stelle ein solches von 6000 M zu setzen. Die Bedenkung mit 6000 M ist jedoch wegen Formmangels nichtig.[8]) Man wird den teilweisen Widerruf als nach § 2078 Abs. 2 anfechtbar anzusehen haben, da der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage zweifellos das Vermächtnis zu 5000 M nicht anfgehoben hätte.

Auch der Fall, daß der Erblasser durch arglistige Täuschung zum Widerruf veranlaßt worden ist, fällt unter § 2078 Abs. 2. Eine Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung kommt, wie schon oben[9]) ausgeführt, nur dann in Betracht, wenn durch die Drohung erreicht wurde, daß der Erblasser die Vernichtung in Widerrufsabsicht vornahm. Von wem die Drohung oder die Täuschung ausgegangen ist, ist hier wie sonst gleichgiltig. Hat sie ein Erbe verübt, so ergibt sich daraus die Besonderheit, daß neben der Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung auch dessen Erbunwürdigkeit eintritt (§ 2339 Nr. 3).[10])

Zu prüfen wäre endlich noch die Frage, ob bei dem Widerruf nach § 2255 eine Anfechtung nach § 2079 wegen Übergehung eines Pflichtteilberechtigten denkbar ist. Dies wird zu verneinen sein, da das „Übergehen" einer Person begrifflich eine

---

[6]) Daß die Annahme oder Erwartung allein bestimmend war, ist nicht erforderlich. Es muß nur nachgewiesen werden, daß der Erblasser den Widerruf bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht vorgenommen haben würde. So die herrschende Lehre: Dernburg, Bd. 5 § 45 IV 2 (S. 135), Strohal, Erbr. Bd. 1 S. 299, Planck, 3. Aufl. Bem. 2 a β zu § 2078, Staudinger-Herzfelder, Bem. III 2 zu §§ 2078 u. 2079, Baden a. a. O. S. 10, Kuhlenbeck, von den Pand. z. BGB. Bd. 1 S. 424, Dobrzynski, a. a. O. S. 39, Rabs, a. a. O. S. 43, Reichsgericht in Bd. 59 S. 41, Jur. Wschr. 1904 S. 573, Recht 1905 S. 46 Nr. 175, And. M. Endemann, Bd. 3 § 49.

[7]) Über die Zulässigkeit des Teilwiderrufs s. o. § 2 bei Anm. 8 ff.

[8]) Vgl. o. § 2 Anm. 17 ferner Reichsger. Bd. 51 S. 166, Bd. 52 S. 177.

[9]) S. o. S. 30.

[10]) Vgl. hiezu Baden, Anfechtung weg. arglistiger Täuschung im Erbrecht.

positive Verfügung voraussetzt, in der andere Personen bedacht werden, die Bedenkung des Pflichtteilsberechtigten aber unterlassen wird. Man könnte vielleicht an den Fall denken, daß durch den Widerruf eines Testaments, in dem der Pflichtteilsberechtigte bedacht war, ein früheres Testament, in welchem dieser nicht eingesetzt ist, Geltung erlangt. Allein hier liegt lediglich in dem ersten Testament eine Übergehung des Pflichtteilsberechtigten vor und es ist deshalb nur dieses anfechtbar. Beruhte der Widerruf des zweiten Testaments etwa auf der irrigen Annahme, der Pflichtteilsberechtigte sei gestorben, so kann außerdem dieses Testament angefochten werden, aber nur nach § 2078 Abs. 2, nicht nach § 2079. Dies ist wichtig wegen der verschiedenen Beweislast.[11]) Während bei der Anfechtung nach § 2078 der Anfechtende nachweisen muß, inwieweit die anzufechtende Erklärung durch Irrtum beeinflußt war, kann nach § 2079 das ganze Testament angefochten und dem Gegner der Nachweis überlassen werden, daß die Verfügung auch bei Kenntnis der Sachlage getroffen worden wäre.

Beispiele: 1) A hat zwei Testamente errichtet. Im ersten hat er seine Frau als Alleinerbin eingesetzt, B mit einem kleinen Vermächtnis bedacht.

In der Folgezeit adoptiert er den B und errichtet ein zweites Testament, in welchem er B zum Alleinerben einsetzt und seine Frau auf den Pflichtteil beschränkt. Auf die fälschliche Nachricht vom Tode des B zerreißt er das zweite Testament, wodurch das erste wieder in Kraft tritt (§ 2258 Abs. 2). B kann nun entweder das erste Testament nach § 2079 anfechten, denn in diesem ist er nicht in seiner Eigenschaft als Pflichtteilsberechtigter bedacht;[12]) dadurch erlangt er den gesetzlichen Erbteil. Oder er kann den Widerruf des zweiten Testaments nach § 2078 Abs. 2 anfechten, dann wird er Alleinerbe.

2) A hat in einem Testament seinen ersten Sohn B zum Alleinerben eingesetzt. Später errichtet er ein zweites Testament, in welchem er seinen inzwischen geborenen zweiten Sohn C neben B zu $^1/_3$ einsetzt. Auf die falsche Nachricht vom Tode des C zerreißt er das zweite Testament. C kann das erste Testament und die Aufhebung des zweiten anfechten, jedesmal aber nur mit der Wirkung, daß er $^1/_3$ erhält, denn es ist klar, daß ihn A auch bei Kenntnis der Sachlage nur zu $^1/_3$ eingesetzt hätte.

Gegenstand der Anfechtung ist der durch die Vernichtung

---

[11]) Vgl. Planck, 3. Aufl. Bem. 3 zu § 2079; Staudinger-Herzfelder, Erl. V zu § 2078/79; Dobrzynski a. a. O. S. 42.

[12]) So im Anschluß an Planck, 3. Aufl. Bem. 2a zu § 2079 und Strohal, Bd. 1 S. 301 Anm. 12 Nr. 5. And. M. Reichsger. Bd. 50 S. 239.

bewirkte Widerruf. Die Anfechtbarkeit ist aber nur insoweit gegeben, als der Anfechtungsgrund reicht.

Durch erfolgreiche Anfechtung wird bewirkt, daß der Widerruf als nicht geschehen zu betrachten ist. Die Wirksamkeit der widerrufenen Verfügung lebt mit rückwirkender Kraft wieder auf. Der in derselben als Erbe Eingesetzte gilt als Erbe von Anfang an; der von dem bisher als Erben Angesehenen scheinbar gemachte Erbschaftserwerb gilt nach rückwärts hin als nicht erfolgt. Die Wirkungen sind also die gleichen, wie bei einem auf Grund einer anfechtbaren Verfügung gemachten Erbschaftserwerb.[13]) Der auf Grund einer Vermächtnisanordnung eines durch den anfechtbaren Widerruf in Geltung gebrachten Testaments erfolgte Eigentumserwerb wird durch die Anfechtung nicht rückgängig gemacht, da, wie Strohal[14]) zutreffend ausführt, der Eigentumserwerb nicht unmittelbar auf der Vermächtnisverfügung, sondern auf einem selbständigen Rechtsgeschäft des Beschwerten mit dem Bedachten beruht. Die Ansicht der Motive,[15]) daß die bereits übereigneten Sachen mit dinglicher Klage zurückgefordert werden können, ist deshalb offenbar unrichtig.[16])

Die Wirkung der Anfechtung ist stets kassatorisch, nie reformatorisch. Wenn der Erblasser infolge Irrtums von zwei Testamenten das falsche zerrissen hat, so bewirkt die Anfechtung, daß die zu Unrecht vernichtete Urkunde nicht als widerrufen gilt; das andere Testament, dessen Inhalt der Erblasser widerrufen wollte, bleibt jedoch giltig.

Berechtigt zur Anfechtung ist stets der, dem die Aufhebung des Widerrufs unmittelbar zu statten kommt, d. h. die in der widerrufenen Verfügung Bedachten oder, bei Anfechtung des Widerrufs eines Widerrufs, diejenigen, welche nach Wegfall der durch den zweiten Widerruf wieder in Kraft getretenen Verfügung als Nachlaßbeteiligte in Betracht kommen. Unter „unmittelbarem Zustattenkommen" ist jede Verbesserung der Rechtslage zu verstehen. Auch die Erlangung des in § 2341 ausgedrückten Anfechtungsrechtes bedeutet eine Verbesserung der Rechtslage; es wird demnach, falls der nach allgemeinen Regeln Anfechtungsberechtigte erbunwürdig ist, der an seine Stelle tretende Erbe als anfechtungsberechtigt zu betrachten sein.[17])

---

[13]) Vgl. Strohal, Erbrecht Bd. 1 S. 307.
[14]) Strohal a. a. O.
[15]) Motive, Bd. 5 S. 49.
[16]) Ebenso Dernburg, Bd. 5 § 46 I (S. 136); Planck, 3. Aufl. Vorbem. 2 b β zu §§ 2078—2083.
[17]) So die herrschende Lehre: Dernburg, bürg.R. Bd. 5 § 46 II 1 (S. 137); Küntzel in Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 824 ff.; Planck, 3. Aufl.

Die einjährige Anfechtungsfrist des § 2082 beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt. Unter Anfechtungsgrund „ist die Kenntnis derjenigen Tatsachen zu verstehen, welche einerseits die Anfechtbarkeit der Verfügung und andererseits das Anfechtungsrecht der betreffenden Person begründen. Kenntnis von dem Inhalt der Verfügung und von dem Eintritt des Erbfalls ist daher stets notwendige Voraussetzung".[18]) Die sichere Kenntnis von dem Inhalt eines Testaments wird in der Regel vor dessen Eröffnung nicht vorhanden sein; demgemäß halten die Motive[19]) eine wirksame Anfechtung vor der Verkündung der Verfügung für juristisch unmöglich; der Entwurf erster Lesung[20]) läßt deshalb die Anfechtungsfrist auch erst mit der Verkündung beginnen. Nun ist aber bei dem Widerruf nach § 2255, wie wir bereits oben[21]) gesehen haben, eine Verkündung vielfach ausgeschlossen. Es wird also nach Lage des Falles jeweils zu prüfen sein, wann der Anfechtende eine sichere Kenntnis des Anfechtungsgrundes erlangt hat. Von großer Bedeutung ist hier die Beweislast: Den Beweis für den Zeitpunkt der Kenntniserlangung hat der Anfechtungsgegner zu führen, den Beweis, daß die Anfechtung innerhalb eines Jahres seit dem fraglichen Zeitpunkt erfolgt ist, der Anfechtungsberechtigte.[22]) Die Berechnung der dreißigjährigen Ausschlußfrist bietet keine Schwierigkeit, da sie mit dem Erbfall beginnt.[23])

Die Geltendmachung der Nichtigkeit ist selbstverständlich an keine Frist gebunden, da sie von selbst eintritt und vorliegt.

Der Vollzug der Anfechtung folgt den allgemeinen Regeln (§ 2081) und weist für den Widerruf nichts besonderes auf.

Dem Erblasser steht ein Anfechtungsrecht nicht zu, er kann deshalb auch die anfechtbare Verfügung nicht bestätigen, denn eine Bestätigung ist nach § 144 nur dem Anfechtungsberechtigten gestattet.[24]) Dernburg[25]) hält zwar eine Bestätigung durch den

---

Bem. 1 b α zu § 2080; Strohal, Erbr. Bd. 1 § 60 Nr. 3 (S. 549); Baden, a. a. O. S. 18 ff. And. M. Staudinger-Herzfelder, Bem. 1 zu § 2080.

[18]) Planck, 3. Aufl. Bem. 2 zu § 2082.

[19]) Motive Bd. 5 S. 58.

[20]) § 1786.

[21]) § 2 bei Anm. 47 (S. 18).

[22]) Planck, 3. Aufl. Bem. 2 zu § 2082; Staudinger-Herzfelder, Bem. III zu § 1954.

[23]) § 2082 Abs. 3 BGB. Anders § 1786 des ersten Entwurfs, welcher die Frist von der Verkündung an berechnet; hiezu Strohal, Anfechtung letztw. Verf. S. 67 ff.; Dobrzynski a. a. O. S. 47. Planck 3. Aufl. Bem. 3 zu § 2082.

[24]) Planck, 3. Aufl. Vorbem. 2 b γ zu §§ 2078—2083; Strohal, Erbrecht Bd. 1 S. 302 Anm. 15.

[25]) Dernburg, bürg. R. Bd. 5 § 46 IV 4 (S. 138).

Erblasser für möglich, da § 144 nur den Sinn haben könne, daß demjenigen, welcher die Willenserklärung in fehlerhafter Weise abgegeben habe, die Möglichkeit gegeben werden solle, den Fehler durch seine Bestätigung wegzuräumen. Diese Ansicht läßt sich jedoch mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut des Gesetzes nicht halten. Will der Erblasser einen in anfechtbarer Weise nach § 2255 erfolgten Widerruf unanfechtbar machen, so muß er entweder die Vernichtungshandlung wiederholen oder das Testament nach § 2254 widerrufen. Dies ist, soweit eine Verfügung positiven Inhalts in Betracht kommt,[26]) auch dem wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigten Erblasser möglich.

Die Beseitigung eines anfechtbaren Widerrufs kann, da der Erblasser selbst nicht anfechtungsberechtigt und der Widerruf eines nach § 2255 erfolgten Widerrufs nicht möglich ist,[27]) nur im Wege neuer Testamentserrichtung erfolgen. Daraus geht hervor, daß sie dem wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten überhaupt versagt ist und den Erben überlassen werden muß, ob sie durch Anfechtung seinen wirklichen Willen zur Geltung bringen wollen oder nicht.

Dem nach § 2080 Anfechtungsberechtigten wird dagegen eine Bestätigung oder Anerkennung[28]) des anfechtbaren Widerrufs zuzugestehen sein.[29])

§ 5.

Willensmängel bei dem nach § 2256 erfolgten Widerruf.

Der Widerruf nach § 2256 hat, wie wir gesehen haben, nicht den Widerrufswillen des Erblassers zur Voraussetzung. Der Eintritt des Widerrufserfolges ist vielmehr an die Rückgabe der Testamentsurkunde an den Erblasser, also an die Handlung einer anderen Person geknüpft, die selbstverständlich dem Einflusse von Willensmängeln, die beim Erblasser vorliegen, entrückt ist. Wie bereits oben[1]) ausgeführt, sind jedoch zwei Willensäußerungen des Erblassers zum Eintritte des Widerrufserfolges erforderlich, nämlich:

[26]) S. o. § 1 bei Anm. 25 (S. 8).
[27]) S. o. § 2 IV bei Anm. 49 ff. (S. 19).
[28]) Vgl. von der Pfordten in Seufferts Bl. f. Rechtsanw. 1903 S. 510 ff.: „Die Anerkennung letztwilliger Verfügungen."
[29]) Planck, 3. Aufl. Vorbem. 2bγ zu §§ 2078—2083; and. M. Planck in 1. u. 2. Aufl.; Dobrzynski a. a. O. S. 48.
[1]) § 3. (S. 21 ff.)

1. Das Verlangen der Rückgabe,
2. die Zurücknahme der Urkunde.

Auf diese beiden Willensbekundungen des Erblassers, durch die der Widerruf bewirkt wird, sind die Vorschriften über Willensmängel bei letztwilligen Verfügungen analog anzuwenden.[2]) Sind sie nichtig oder anfechtbar, so ist es auch der auf sie aufgebaute Widerruf; mit ihnen steht und fällt dieser. Die Anfechtbarkeit dieser beiden oder einer dieser beiden Willenserklärungen ist also gleichbedeutend mit der Anfechtbarkeit des Widerrufs selbst. Zu beachten ist aber, daß es zur Anfechtung nicht genügt, wenn zwar das Verlangen der Rückgabe von Willensmängeln beeinflußt war, bei der Zurücknahme selbst jedoch solche nicht mehr vorlagen, da dann in dem Akt der Zurücknahme ein von Willensmängeln freies erneutes Verlangen liegt, wodurch natürlich die Anfechtung ausgeschlossen wird.[3]) Dieses Verlangen braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden; auch in der widerspruchslosen Entgegennahme der Urkunde kann ein stillschweigendes Verlangen der Rückgabe erblickt werden.[4])

Wegen des Fehlens der Widerrufsabsicht kann selbstverständlich der durch die Zurücknahme erfolgte Widerruf nicht angefochten werden, denn dieser ist ja für den Eintritt des Widerrufserfolges ohne Bedeutung.

Bezüglich der Anwendung der einzelnen gesetzlichen Vorschriften über Willensmängel bei letztwilligen Verfügungen ergibt sich folgendes:

§ 116 läßt sich allenfalls auf das Rechtsgeschäft des Verlangens der Rückgabe anwenden. Bei dem rein tatsächlichen Akt der Zurücknahme läßt sich dagegen eine Mentalreservation nicht denken. Da aber in der Zurücknahme eine Wiederholung des Verlangens zu erblicken ist, muß die Anwendung des § 116 auf den nach § 2256 erfolgten Widerruf überhaupt verneint werden. Daß die geheime, wie auch die ausgesprochene Absicht, mit der Zurücknahme das Testament nicht widerrufen zu wollen, auf den Eintritt des Widerrufserfolgs keinen Einfluß hat, wurde bereits des öfteren ausgeführt.

Gegen die Anwendbarkeit des § 118 wird theoretisch nichts einzuwenden sein. Das nur im Scherz gestellte Verlangen oder die im Scherz erfolgte Zurücknahme bewirken nicht den Widerruf, wenn die Willenserklärungen in der Erwartung abgegeben wurden, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt wer-

[2]) Motive, Bd. 5 S. 302.
[3]) Strohal, Erbrecht Bd. 1 S. 317.
[4]) Vgl. oben § 3 (S. 24 u. 26).

den.[5]) Praktisch sind Fälle dieser Art wohl nicht gut möglich, da ein solcher Scherz einer Behörde gegenüber nicht leicht vorkommen wird und ohne allen Sinn wäre.

Desgleichen wird auch ein Fall des § 117 nicht denkbar sein.

Der Tatbestand des § 2078 Abs. 1 liegt etwa dann vor, wenn der Erblasser von zwei verwahrten Testamenten sich das erste zurückgeben lassen will, sich jedoch verspricht und das zweite verlangt und der Verwahrungsbeamte ihm sodann dieses zweite Testament aushändigt. Oder: der Erblasser will nur die Vorlage des Testaments zur Einsichtnahme,[6]) bringt dies aber nicht deutlich zum Ausdruck und nimmt hierauf die Urkunde versehentlich mit fort.

Der wichtigste Fall ist auch hier die Anfechtung wegen Irrtums im Beweggrund nach § 2078 Abs. 2. Sie wird insbesondere einzugreifen haben, wenn dem Erblasser die an die Rückgabe des Testaments geknüpften Folgen nicht bekannt waren und anzunehmen ist, daß der Erblasser bei Kenntnis dieser Folgen das Verlangen der Rückgabe nicht gestellt hätte: hier war die irrige Annahme, die Rückgabe werde die Wirksamkeit des Testaments nicht beeinträchtigen, für ihn bestimmend. Die Zulassung der Anfechtbarkeit in solchen Fällen mildert die Härten, welche die Nichtberücksichtigung des Mangels des Aufhebungswillens bei dem Widerruf nach § 2256 mit sich bringt.[7])

Beim Vorliegen widerrechtlicher Drohung ist die Anfechtbarkeit schon dann gegeben, wenn das Verlangen der Rückgabe oder die Zurücknahme des Testaments auf den Einfluß der Drohung zurückzuführen ist. Der Widerrufswille muß nicht erzwungen gewesen sein, denn der Widerruf ist ja ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers eingetreten.

Beispiel: A zwingt den B durch Drohung, sich das amtlich verwahrte Testament aushändigen zu lassen, um den Inhalt desselben kennen zu lernen. Hier ist der nach § 2256 eingetretene Widerruf gemäß § 2078 Abs. 2 anfechtbar.

Bezüglich der Anfechtung wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten gilt das oben[8]) Gesagte auch hier. Desgleichen die Erörterungen über Wirkung der Anfechtung, Anfechtungsberechtigung, Anfechtungsfrist, Vollzug der Anfechtung und Bestätigung des anfechtbaren Widerrufs.[9])

---

[5]) Über den Streit, ob § 118 überhaupt auf letztw. Verf. Anwendung findet, s. o. § 4 A. 5.

[6]) Vgl. oben § 3 bei Anm. 10 (S. 24).

[7]) Vgl. oben § 3 bei Anm. 22 ff. (S. 25 f.).

[8]) § 4 bei Anm. 13 (S. 34 f.).

[9]) S. oben § 4 bei Anm. 15 ff. (S. 34 ff.).

III. Abschnitt.

§ 6.

Die Anwendung der §§ 2255 und 2256 auf gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge.

Das Grundprinzip des Testaments ist, wie die Bezeichnung „letztwillige Verfügung" andeutet, dessen freie Widerruflichkeit, während dem Erbvertrag die Bindung des Erblassers eigentümlich ist. Das gemeinschaftliche Testament endlich bewegt sich in der Mitte zwischen diesen beiden Arten der Verfügungen von Todeswegen. Da naturgemäß die Anwendung der §§ 2255 und 2256 nur in den Fällen möglich ist, in welchen überhaupt ein Widerruf gestattet ist, sollen jeweils einige Bemerkungen über die Widerruflichkeit der gemeinschaftlichen Testamente und Erbverträge vorausgeschickt werden.

I.

Hinsichtlich der gemeinschaftlichen Testamente sind in den §§ 2271 und 2272 besondere Bestimmungen über die Zulässigkeit und die Art des Widerrufs aufgenommen. § 2271, welcher den einseitigen Widerruf seitens eines Ehegatten einschränkt, bezieht sich nur auf sog. korrespektive Verfügungen (Verfügungen der Ehegatten, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde. § 2270 Abs. 1). Grundsätzlich ist also ein gemeinschaftliches Testament in der gleichen Weise frei widerruflich, wie ein einseitiges Testament; auf den Widerruf finden die §§ 2253—2256 Anwendung,[1]) § 2256 mit der sich aus § 2272 ergebenden Modifikation. Nur soweit ein Testament korrespektive Verfügungen enthält, greifen die Beschränkungen des § 2271 ein. Enthält das Testament außer korrespektiven auch noch andere Verfügungen, so bleibt es für diese bei der allgemeinen Regel. Ebenso, wenn es

[1]) Planck, Bem. I zu § 2271; Staudinger-Herzfelder, Bem. III zu §§ 2270 und 2271, Bem. 1 zu § 2272.

sich um andere Verfügungen, als Erbeseinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen handelt.[2])

Demnach ergibt sich folgendes: Nicht korrespektive Verfügungen sowie korrespektive Verfügungen, soweit sie nicht eine Erbeseinsetzung, ein Vermächtnis oder eine Auflage enthalten, können auf jede zulässige Weise, also auch nach § 2255 widerrufen werden. Wollen beide Ehegatten ihre Verfügungen widerrufen, so kann dies in der Weise erfolgen, daß sie sich entweder beide an dem Vernichtungsakt beteiligen oder daß der eine auf Befehl oder doch mit Wissen und Willen des anderen Ehegatten die Vernichtung vornimmt;[3]) nachträgliche Genehmigung kann jedoch nicht genügen.[4]) Die von einem Ehegatten ohne Wissen des anderen in Widerrufsabsicht vorgenommene Vernichtung bewirkt natürlich nur den Widerruf der Verfügungen desjenigen Ehegatten, der die Vernichtung vorgenommen hat. Planck[5]) meint, § 2255 komme für den einseitigen Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments nicht in Betracht. Diese Ansicht läßt sich jedoch mit keiner Gesetzesstelle begründen. Es würde dies eine Einschränkung der freien Widerruflichkeit nicht korrespektiver Verfügungen bedeuten; aus § 2271 geht aber deutlich hervor, daß nur der einseitige Widerruf korrespektiver Verfügungen beschränkt werden soll. Auch nach dem Tode des einen Ehegatten kann der Überlebende seine Verfügung auf die angegebene Weise widerrufen. Nur wird er nicht leicht in die Lage kommen, dies ausführen zu können, da § 2273 vorschreibt, daß das Testament nach Verkündung der Verfügungen des verstorbenen Ehegatten in amtliche Verwahrung zu bringen ist. Diese Vorschrift wird auch dann anzuwenden sein, wenn sich das Testament vorher nicht in amtlicher Verwahrung befand.[6])

Bei korrespektiven Verfügungen, soweit sie Erbeseinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen enthalten, ist zu Lebzeiten beider Ehegatten ein Widerruf nach § 2255 nur durch beide Ehegatten gemeinschaftlich denkbar. Will der eine Ehegatte eine korrespektive Verfügung einseitig aufheben, so hat er den Widerruf durch

---

[2]) Folgt aus § 2271 Abs. 1 in Verb. m. § 2270 Abs. 3; Cosack, Bd. 2 § 360 Anm. 14; Planck, Bem. I zu § 2271; Staudinger-Herzfelder Bem. III zu §§ 2270 und 2271.

[3]) Planck, Bem. 3 zu § 2272; Staudinger-Herzfelder, Bem. 2 zu § 2272.

[4]) S. o. § 2 bei Anm. 27 (S. 14).

[5]) Planck, Bem. I zu § 2271, Bem. III zu § 2272.

[6]) Planck, Bem. 2c zu § 2273; Staudinger-Herzfelder, 2. Aufl. Bem. III 2 zu § 2273; Kleffel in Jur. Wschr. 1902 S. 386 ff. u. 559; Kleineidam, im Recht 1901 S. 113, And. M. Fischer-Henle, Bem. 2 zu § 2273; Staudinger-Herzfelder, 1. Aufl. a. a. O.

Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten in der für den Rücktritt beim Erbvertrag vorgeschriebenen Form (§ 2296) zu bewirken (§ 2271 Abs. 1). „Durch eine neue Verfügung von Todeswegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben" § 2271 Abs. 1 Satz 2. Der Gegensatz von „einseitig" ist nicht „mit Zustimmung des anderen Ehegatten". Ein einseitiger Widerruf mit nur formloser Zustimmung des anderen Gatten kann nicht als zulässig erachtet werden.[7]) Endemann[8]) weist mit Recht darauf hin, daß bei Zulassung dieser Widerrufsform der Zustimmende formlos (gem. § 2270) auch seine Verfügung beseitigen würde.

Nach dem Tode des einen Ehegatten kann der Überlebende seine Verfügungen nur dann aufheben, wenn er das ihm von dem Verstorbenen Zugewendete ausschlägt oder wenn ein Grund vorliegt, vermöge dessen er dem Bedachten den Pflichtteil entziehen könnte.[9]) Liegt ein solcher Fall vor, so kann er seiner Verfügung auf jede mögliche Weise die Wirksamkeit nehmen, denn damit, daß das Gesetz die Bezeichnung „aufheben" gebraucht, soll nicht gesagt werden, daß nur die Aufhebung durch neues Testament (§ 2258) zulässig sei.[10]) Ein Widerruf nach § 2255 wird jedoch aus den gleichen Gründen, wie oben[11]) ausgeführt, nicht leicht in Betracht kommen.

Daß die Vernichtung in allen Fällen, in welchen ein Widerruf unzulässig ist, die Wirksamkeit des Testaments nicht beeinträchtigt, bedarf keiner weiteren Hervorhebung.

Ein Widerruf nach § 2256 ist in jedem Falle, mag es sich um korrespektive oder einseitige Verfügungen handeln, nach § 2272 nur durch Rückgabe an beide Ehegatten gemeinschaftlich zulässig. Die Zurücknahme durch beide Ehegatten setzt voraus, daß beide die Rückgabe verlangen und gleichzeitig vor dem Verwahrungsbeamten zur Empfangnahme erscheinen.[12]) Die Rückgabe hat selbstverständlich nur dann den Widerruf zur Folge, wenn ein öffentliches Testament vorliegt. Ein nach § 2248 hin-

---

[7]) Cosack, Bd. 2 § 360 bei Anm. 21; Endemann, Bd. 3 § 45 Anm. 18; Küntzel, in Gruchot, Beitr. Bd. 41 S. 605—607; Planck, Bem. II 2b zu § 2271, sowie die sonst noch dort Cit.; außerdem Strohal, 3. Aufl. Bd. 1 § 43a Anm. 15 im Gegs. zu der in den fr. Aufl. vertr. Ansicht. And. M. Fischer-Henle, Note 2 zu § 2271.

[8]) Endemann, a. a. O.

[9]) § 2271 Abs. 2; genaueres in §§ 2294, 2336.

[10]) Ebenso Planck, Bem. IV 1 c zu § 2271; nun auch Cosack, 4. Aufl. Bd. II § 360 II im Gegens. zu den fr. Aufl.; and. M. Staudinger-Herzfelder, Bem. III B zu § 2270 u. 2271.

[11]) Bei Anm. 6 (S. 40).

[12]) Planck, Bem. 1 zu § 2272.

terlegtes gemeinschaftliches Testament, für welches § 2272 ebenfalls gilt, wird durch die Aufhebung der amtlichen Verwahrung in seiner Wirksamkeit nicht beeinträchtigt.[13])

Da § 2272 nicht nur zu Lebzeiten beider Ehegatten, sondern allgemein Geltung hat, so wird die Rückgabe des Testaments nach dem Tode eines Ehegatten überhaupt nicht mehr als zulässig zu erachten sein.[14]) Dies erscheint deshalb sonderbar, weil der überlebende Ehegatte unter Umständen z. B. durch Ausschlagung des ihm Zugewendeten[15]) nicht mehr an sein Testament gebunden ist. „Gleichwohl wird es für unzulässig zu erachten sein, daß der eine Erblasser das Testament des anderen, das dieser der amtlichen Verwahrung anvertraut hat, einseitig aus dieser zurücknimmt."[16]) Nach dem Tode des einen Ehegatten kommt demnach ein Widerruf nach § 2256 überhaupt nicht mehr in Betracht.

Wird das gemeinschaftliche Testament unrechtmäßiger Weise an nur einen der Ehegatten herausgegeben, so tritt der in § 2256 vorgesehene Erfolg nicht ein.[17]) Doch kann das Testament nun nach § 2255 widerrufen werden, falls die oben ausgeführten Voraussetzungen vorliegen.

II.

Beim Erbvertrag kennt das Gesetz überhaupt nicht die Bezeichnung „Widerruf". Der Wirkung nach stehen ihm jedoch gleich die (zweiseitige) Aufhebung und der (einseitige) Rücktritt. Die Aufhebung kann erfolgen entweder durch Vertrag, für den die Form der Errichtung des Erbvertrags vorgeschrieben ist (§ 2290), oder in gewissen Fällen durch Testament unter gerichtlich oder notariell beurkundeter Zustimmung des anderen Teils (§ 2291) oder endlich bei Erbverträgen unter Ehegatten durch gemeinschaftliches Testament (§ 2292). Die Ausübung des in den §§ 2293 bis 2296 geregelten Rücktrittsrechts bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 2296). Nach dem Tode des Vertragsgegners kann der Erblasser, soweit er zum Rücktritt berechtigt ist, die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben (§ 2297). Alle diese Arten der Außerkraftsetzung des Erbvertrags sind an gewisse Formen gebunden (gerichtliche oder notarielle Beur-

---

[13]) Planck a. a. O.; Staudinger-Herzfelder Bem. 1 zu § 2272, Fischer-Henle Note 1 zu § 2272.

[14]) Planck, Bem. 2 zu § 2272; Staudinger-Herzfelder, Bem. 1 zu § 2272.

[15]) Vergl. ob. bei Anm. 9 (S. 41).

[16]) Planck, a. a. O.

[17]) Planck, Bem. 1 zu § 2272.

kundung, Testament), sodaß eine Aufhebung durch formlosen Vernichtungsakt als ausgeschlossen erachtet werden muß.

Was die Anwendung des § 2256 anlangt, so ist zu beachten, daß der Erbvertrag in die besondere amtliche Verwahrung nur zu nehmen ist, wenn nicht die Parteien das Gegenteil verlangen, falls der Erbvertrag mit einem anderen Vertrag in einer Urkunde verbunden ist, sogar nur auf besonderes Verlangen der Vertragsschließenden (§ 2277). Gelangt der Erbvertrag demgemäß nicht in die besondere amtliche Verwahrung, so bleibt er in der gewöhnlichen amtlichen Verwahrung des Gerichts oder Notars.[18]) Die besondere amtliche Verwahrung ist also im Gegensatz zu § 2246 hier nicht obligatorisch, sondern in das Belieben der Parteien gestellt. Es muß deshalb den Vertragsteilen auch jederzeit freistehen, diese Verwahrung wieder aufzuheben, ohne dadurch die Wirksamkeit des Erbvertrags zu beeinträchtigen.[19])

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Anwendung der § 2255 und 2256 auf die verträgsmäßigen Bestimmungen des Erbvertrags ausgeschlossen ist. Zu prüfen wäre nun noch die Frage, ob ein Widerruf nach § 2255 oder 2256 bei den einseitigen Verfügungen, die mit einem Erbvertrag gemäß § 2299 Abs. 1 verbunden werden können, denkbar ist. Für diese gilt nach § 2299 Abs. 2 das Gleiche, wie wenn sie durch Testament getroffen worden wären; sie sind also ihrer Natur nach als letztwillige Verfügungen zu betrachten.[20]) Daraus geht hervor, daß sie grundsätzlich auch wie diese widerrufen werden können. Ein Widerruf nach § 2256 wird jedoch nicht in Betracht kommen,[21]) da die besondere amtliche Verwahrung für die Wirksamkeit des Erbvertrags, mit dem die einseitigen Verfügungen in einer Urkunde vereinigt sind, ohne Bedeutung ist. Dagegen wird anzunehmen sein, daß durch eine seitens des Erblassers in Widerrufsabsicht

---

[18]) Plank, Bem. 4 zu § 2277 und dort Cit.; vgl. f. Bayern: Art. 1 Abs. 2 bayr. Not.G. und § 236 ff. der bayr. Not.Gesch.O. vom 24. XII. 99.

[19]) Es wird dafür zu halten sein, daß nur die besondere amtliche Verwahrung aufgehoben werden kann d. h. „daß der Verschluß geöffnet wird und die Vertragsurkunde aus der besonderen amtlichen Verwahrung in die gewöhnliche amtliche Verwahrung des Gerichts oder des Notars gelangt, vor dem der Erbvertrag geschlossen worden ist", Planck, Bem. 5 zu § 2277. Ebenso Staudinger-Herzfelder, Bem. 3 u. 5 zu § 2277; vergl. Motive Bd. 5 S. 319, Protokolle Bd. 5 S. 381 f. Eine Rückgabe an die Vertragsschließenden muß deshalb als ausgeschlossen gelten. Planck a. a. O.; Staudinger-Herzfelder a. a. O.; Motive, Bd. 5 S. 341; Protokolle Bd. 5 S. 409; v. Entsch. des Kammergerichts in E. d. freiw. Ger. Bd. 5 S. 159 ff.

[20]) Planck, Bem. 1 zu § 2299.

[21]) Planck, Bem. 3 zu § 2299.

vorgenommene Vernichtung der Vertragsurkunde, wenn dieselbe auch die vertragsmäßigen Bestimmungen nicht beseitigen kann, die in dem Erbvertrag enthaltenen einseitigen frei widerruflichen Verfügungen aufgehoben werden,[22]) denn das Gesetz bestimmt ausdrücklich, daß für diese das Gleiche gilt, wie wenn sie durch Testament getroffen worden wären; daraus ergibt sich auch die Anwendung des § 2255. Daß dieser Paragraph von der Vernichtung der Testamentsurkunde spricht, kann hieran nichts ändern, denn der Teil des Erbvertrags, welcher die einseitige Verfügung enthält, ist eben sachlich nichts anderes als ein Testament. Praktisch allerdings wird der Erblasser nicht leicht in die Lage kommen, eine nach § 2255 erforderliche Veränderung an der Vertragsurkunde vorzunehmen, da die Urschrift des Erbvertrags regelmäßig der Einwirkung des Erblassers entzogen ist.[23])

---

[22]) And. M. Planck, Bem. 3 zu § 2299 ohne Begründung; desgl. Staudinger-Herzfelder, Bem. 2 zu § 2299.

[23]) Vgl. oben Anm. 19 (S. 43).